


# LE DROIT COMPARÉ

Pierre Legrand

puf

QUE SAIS-JE ?

# Le droit comparé

## PIERRE LEGRAND

---



# Chapitre I

# *Comparer* les droits

> « *Je me jette sur mon lit, je rumine et je décide :*
>
> *dorénavant, de l'autre, ne plus rien vouloir saisir* ».
>
> **R. Barthes** [1]

Portant « son » regard sur ce qu'« il y a » [2], le comparatiste français voudra inscrire une configuration juridique européenne ayant notamment favorisé l'avènement de deux mentalités (de deux constellations de dispositions orientant la négociation avec l'autre et avec soi, intériorisées, consciemment ou non, à partir de structures pré-individuelles méta-stables, structurées et structurantes) ou de deux épistémologies, chacune, dans sa contingence historique, avec ses mécanismes propres d'itération et sa force disséminante particulière : d'une part, la tradition dite « romaniste », de facture nomothétique ; d'autre part, la tradition de *common law*, d'allégeance idiographique. Étant entendu qu'il convient de réserver prioritairement la désignation d'études « comparatives » aux *négociations* du comparatiste entre marques discernables de chaque côté de la ligne de crête lui permettant de tracer la distinction entre les deux formations primordialement langagières que constituent ces traditions juridiques (toute tradition juridique est *autre*) [3], il n'est pas excessif d'appliquer à l'Europe de l'Union européenne une formule de Nietzsche qui parlait, en son temps, d'un « âge de la comparaison » [4]. Car les deux principales traditions juridiques européennes – l'une aux antécédents « romains » et l'autre de souche « anglaise » – sont astreintes à une interaction effective dans le cadre défini par le *Traité de Rome* et ses successeurs.

Ce n'est pas soutenir que le *common law* n'a pas déjà connu la tradition juridique romaniste. Une archéologie avertie de la tradition de *common law* révélera d'ailleurs comment celle-ci, en tant que manifestation coutumière précoce de ce qui allait devenir du droit français, a fait figure de sous-produit de la tradition romaniste. Le *common law* qui s'affine au xii[e] siècle n'est guère qu'un dépliage du droit normand de l'époque. Et puis, la pensée romaniste aura marqué pendant plusieurs siècles, tant sur le plan matériel que processuel, certains droits d'exceptions anglais issus des cours ecclésiastiques, de la « cour » de *Chancery* appliquant l'*« Equity »* et de la cour d'amirauté. Mais l'impact de la tradition romaniste se trouve largement borné à ces régimes complémentaires. Peu importe la tessiture du droit universitaire et latin qu'on a affublé de l'épithète *« jus commune »* [5], celui-ci n'a jamais conquis le *common law* anglais quoique l'aspiration ancestrale à l'universel ressentie par le juriste de tradition romaniste le conduise à oublier cette circonstance.

Le droit de l'Union européenne impose au *common-law* anglais un authentique entendement de la tradition juridique romaniste dans son expression historique et contemporaine. Soit un renvoi préjudiciel en interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne (cjue) venu d'Allemagne. La réponse de la Cour constitue du droit de l'Union européenne, soit du droit anglais – l'interprétation judiciaire favorisant la thèse de l'effet direct du droit de l'Union européenne dérivé, certes contestable, le voulant ainsi. Parce qu'un litige allemand donne donc naissance, au terme d'une transmutation par la cjue, à une manifestation de droit anglais, la « communauté » juridique anglaise, soucieuse d'imputer une signification au passage du fait (allemand) au droit (anglais), doit se pencher sur le droit allemand même afin de prendre la mesure du cadre dans lequel celui-ci a jugé pertinent de juridiciser, en l'européanisant, une quelconque trame factuelle. Or cet entendement du droit allemand exige une bonne connaissance de la culture juridique allemande qui, en tant qu'« armoire aux possibles » [6], confine ce qui, en Allemagne, vaut comme relevant du droit. Selon une certaine économie (au sens d'*« oikos »*) revendiquant son lieu et son temps, un droit s'inscrit inéluctablement en une culture juridique (et, par son truchement, en une tradition juridique) [7]. Il est prescrit par elle. Et, afin d'*entendre* l'état du droit allemand, le *« common-law lawyer »* est requis d'en analyser la formation culturelle à plus d'un titre, car cette culture juridique allemande se trouve comme étant elle-même inscrite en une culture allemande *tout court*, « grammaire génératrice » [8], patrimoine symbolique, qui la constitue et dont elle est la manifestation puis, au moyen d'un mimétisme qu'elle ne dément que rarement (et c'est notamment ainsi que « le monde est absolument, complètement juridique » [9]), qu'elle contribue à conforter (ce qui est dire que la structuralité des structures évoquées précédemment est *culturelle*) [10]. Pour sa part, le juriste italien est mêmement tenu de déchiffrer le *common law* dans sa spécificité culturelle afin d'attribuer du sens à des controverses qui, issues d'Angleterre ou d'Irlande, donnent naissance, au terme d'une escale au Luxembourg, à du droit italien (la tâche de l'Italien n'étant d'ailleurs pas simplifiée en l'absence de transit de la jurisprudence de *common law* par le Grand-Duché) [11].

Aussi la mise en garde de R. David demeure d'actualité : « [Le droit] ne saurait être [entendu] sans la connaissance de la société qu'il gouverne, et dans l'ignorance des manières de se conduire, de penser et de sentir des membres de cette société » [12]. Que le comparatiste songe à la langue, à l'organisation sociale, économique ou politique, à l'histoire, aux pensées philosophiques qui se sont ancrées dans un territoire, l'ensemble de ce qu'il peut envisager comme étant recoupé par l'expression « culture allemande » (dont le contenu reste des plus fluides en ce qu'une culture n'attend jamais *toute faite* son interprète) demeure pertinent à l'entendement de ce qu'il traite, au sens technique, comme participant du « droit » [13]. « L'événement le plus ordinaire fait [du comparatiste] un voyant » [14]. Ce n'est pas un hasard que le droit anglais tel que le comparatiste français le fréquente, factuel et utile, concret et pragmatique, tributaire de l'apprentissage comme source de la régularité et de la concordance des pratiques, se soit façonné au pays de J. S. Mill et de H. Spencer, qui n'est ni le pays de Descartes ni celui de Hegel. Et il ne tient pas de la coïncidence qu'on retrouve dans les contrées de *common law* non pas le plan paysager des jardins de Le Nôtre, espaces d'ordre et d'harmonie privilégiant « la symétrie monumentale de la perspective » et se faisant la « traduction élégante et raffinée d'un absolutisme royal prétendant commander même à la nature » [15], mais bien les plates-bandes et massifs de Gertrude Jekyll évitant tout effet de géométrie. À l'écart du formalisme français, « [l]'Anglais ne réalise pas des arrangements floraux : il "fait" des bouquets ; cela signifie que les fleurs sont arrangées de façon plutôt impulsive et qu'elles se placent comme elles le peuvent dans le vase » [16].

Loin de connoter une entité homogène, hermétique et statique, la notion de « culture » renvoie à une constellation complexe, discontinue et distendue, de signes ayant valeur normative au vu d'une interaction spatio-temporelle entre individus co-existant en une « communauté » identifiable. Inculqués, consciemment ou non, par répétition et absorbés, consciemment ou non, par imitation [17], ces signes ont trait à l'ensemble des activités privées ou publiques à caractère linguistique, philosophique, social, économique, politique, religieux ou juridique [18]. À cet égard, la culture et l'individu ne sont pas dans une relation de cause à effet et la culture ne signifie pas la dépersonnalisation. Sur le plan individuel, il y a plutôt « traduction » (ce qui n'est pas « reflet ») de structures « communautaires », dans le cadre d'une négociation complexe,

réglée et souple, qui fait que mon voisin et moi participons de la « même » culture alors que « ma » culture n'est pas la « sienne » [19]. En la culture, ces jalons qui font du sens sont extraits d'une multitude apparemment infinie de sources, y compris « exogènes ». Or la valeur prescriptive de toute « importation » reste tributaire d'une acculturation, donc d'une ré-interprétation locale à la lumière de la gouvernementalité en vigueur, par exemple à l'aune de la dynamique de pouvoir régissant la « communauté » et la répartition du capital intellectuel dans la « communauté » [20]. La notion de « communauté » demande d'ailleurs à être cernée, car elle ne vise ici ni les bandes d'adolescents ni les associations d'internautes ou autres entités tellement particulières [21]. Au premier chef, il s'agit de *sociétés* caractérisées notamment par l'existence d'une langue, d'un territoire et d'institutions « communs » ainsi que par la transmission de savoir-faire implicites à travers les générations – G. Agamben fait d'ailleurs opportunément sa place à l'idée de *« Nachleben »* pour préciser la portée de la culture [22]. Malgré ces structures de cohésion, une culture demeure contestée de l'intérieur. Inévitablement morcelée, elle est constamment en devenir. Lorsqu'il est fait renvoi à la culture dans ce livre, le mot veut signifier qu'il existe parmi les groupes d'individus ayant en partage langue, territoire et institutions des pratiques prédominantes qui, par-delà l'hybridité particulière à chacune de ces « communautés », les distinguent les unes des autres en révélant comment en chacune d'elles, singulièrement, « les choses au sens le plus large du terme se tiennent au sens le plus large du terme » [23]. Qu'il s'agisse de polygamie, de techniques contractuelles, de cannibalisme, de motivation judiciaire ou de bandage de pieds, sous l'impact de forces floues et collectives, dont la notion de « culture » entend rendre compte, certes imparfaitement, les membres de la « communauté » témoignent d'un degré élevé de conformisme. Il faut donc envisager un réseau de références signifiantes dans lesquelles se reconnaissent la plupart des membres de la « communauté », certains de ces signes s'inscrivant dans la longue ou très longue durée et mettant en relief la valence temporelle de la culture, c'est-à-dire la « tradition » (qui est la notion dénationalisante visant la culture-dans-le-temps). Il n'y a toutefois pas lieu de verser dans un nominalisme de mauvais aloi et d'envisager les cultures comme des monades ou des essences. Toute culture est perméable aux influences « extérieures » et requise de composer avec ses dissidents (l'idée d'« unité culturelle » évoquerait un « hégélianisme ramolli » [24]). Dans une perspective comparative, il faut ajouter que, s'agissant notamment de la culture juridique (soit de cette dimension de la culture relative à ce qu'on y entend comme constituant du droit), la possibilité de signifier pour l'événement inscrit localement dépend d'un comparatiste qui le reconnaît (dans son indétermination) et qui, intervenant sur le site événementiel, lui attribue du sens tout en se montrant disposé à témoigner de son « il y a » culturel. Or le comparatiste n'a pas de l'événement une vue en surplomb et ne peut le discerner qu'en tant que comparatiste situé en un monde englobant dont l'événement lui-même participe. À noter que, alors même que le comparatiste « construit » ou « invente » ainsi l'événement en tant que signe (cf. *infra*), cette irruption événementielle constitue elle-même un vecteur de construction du comparatiste.

La fascination aujourd'hui suscitée par la recherche comparative, sous l'impulsion paradoxale de la mécanique méta-nationale interpellant les droits européens, a vite montré l'inadéquation de la comparaison des droits telle que l'ont pratiquée avec complaisance depuis plusieurs décennies la très large majorité des comparatistes, obsédés par la comparaison utilitaire dont ils ont voulu les issues immédiates au nom d'une conception instrumentale du droit dès lors compris comme intégralement pensable et formalisable. Beaucoup trop de comparatistes encore ne font guère que se livrer à une recherche *alimentaire* qui sustente, avec une valeur nutritive d'ailleurs toute relative, les cabinets d'avocats comme les officines gouvernementales. Ils se transforment en simples répétiteurs d'un droit étranger (comme ils s'étaient d'abord faits répétiteurs de leur droit national) – ce qui, en toute rigueur, doit conduire à parler de comparatistes *entre guillemets*, car c'est une « fausse sortie » qui est en cause (alors qu'elle prétendait se soustraire à l'empire de la pensée positiviste psittaciste, la comparaison retombe aussitôt dans ce qu'elle devait surmonter) [25]. Les librairies, à l'instar des revues spécialisées, regorgent de ces panoramas dits, en France en tout cas, « de droit comparé » qui, en quelques pages ou paragraphes, questionnaires ou tableaux, brossent à l'attention du lecteur pressé des survols d'un échantillon de positivités en accumulant instantanés et parataxes comme s'il y avait lieu de collectionner des timbres-poste [26]. Il n'a pas été jugé pertinent de penser le propre de l'entendement comparatiste, c'est-à-dire de définir un régime théorétique approprié au comparatisme [27]. Comme de raison, la carence du comparatisme en droit, en ses avatars successifs, paraît devoir s'expliquer par les lacunes des comparatistes en droit et, au premier chef, par celles de l'*establishment* comparatiste. Vu que ce sont leurs écrits qui « normalisent, […] gouvernent, […] anticipent sur toute réponse en décrétant par avance quel est le meilleur discours, la meilleure attitude, la meilleure des recherches à conduire, etc., selon les perspectives d'un pouvoir et d'après ses exigences par principe légitimes » [28], les comparatistes dominants et leur bavardage sont *responsables* du comparatisme tel qu'il va et ils donnent encore le ton lorsqu'ils préfèrent les marques sinistres de l'affairisme à l'intellectualité comparative [29]. Alors que ces défaillances devraient bien retentir sur la corporation des comparatistes, l'autocritique nécessaire continue à ne pas avoir lieu [30]. Pourtant, seule une théorie de la comparaison en droit peut permettre de distinguer les pratiques qui, se situant au degré zéro de la comparaison, aspirent néanmoins à en relever formellement en raison de la seule insertion d'un quelconque élément descriptif « étranger » et celles qui, honnêtes travaux d'érudition, provoquent une *négociation* indéfiniment menée avec l'altérité dans le droit une mise en co-présence dont la valeur heuristique dépendra de la capacité maïeutique à effectuer une analyse critique du droit ou de la vie dans le droit par-delà les positivités, soit à l'enseigne d'une démarche interdisciplinaire faisant toute sa place à l'enchâssement culturel du phénomène juridique. Et puis, une théorie doit permettre au comparatiste d'apprécier l'impact du cadre épistémologique contraignant dans lequel s'inscrit obligatoirement le comparatisme en droit, car la pensée juridique ne s'arrache aux normes de l'épistémè que pour y rester prise, tel héritage obligé ne manquant pas de lui faire trahir, sur quelque point du moins, sa propre nouveauté. Or l'altérisation de l'identité juridique étant asservie à une appartenance originaire, le façonnement d'un soi comparatiste par le juriste a ses limites. Dût-il s'astreindre à l'insolence de l'exil, « secousse syncopale » [31], le comparatiste n'est pas libre de penser ce qu'il veut [32]. Obéré, il continue à être *inscrit* culturellement, mettant en œuvre la comparaison selon un canon marqué par sa première culture juridique : « on » sera toujours peu ou prou comparatiste français comme « on » aura été juriste français [33].

Le comparatiste soucieux de la qualité de l'entreprise comparative souhaitera, plutôt qu'une multiplication malthusienne des études prétendument comparatives tendant à déboucher autant que possible, par synthèse et par élimination de différends, par réconciliation, sur des solutions uniques, ultimes et parfaites « en droit », l'émergence d'analyses interdisciplinaires, critiques et contrariantes, en soubresauts et en cisailles, consacrées ou à la théorie de la pratique de la comparaison en droit ou à une pratique théorisée de celle-ci. Voilà l'irrésistible priorité pour le comparatiste travaillant à l'heure de l'Union européenne et de la globalisation, car de la qualité de la recherche comparative en droit doit dépendre, par exemple, la formulation urgente de paramètres relatifs aux limites de l'intégration juridique européenne comme à celles de l'uniformisation des droits à l'échelle planétaire [34]. Pour l'instant, « nous manquons de création. *Nous manquons de résistance au présent* » [35]. Oui. Parmi les diverses analogies que je pourrais proposer, je dirai que la comparaison des droits, en ce qu'elle exige sa théorisation, se rapproche de l'art. Soit la construction d'A. Warhol intitulée *« Brillo Boxes »* exposée à New York en 1964. Celle-ci empilait des boîtes en bois figurant un emballage qui reprenait le dessin caractéristique des tampons à récurer dont se servait alors l'Amérique entière. « Ce qui, somme toute, fait la différence entre une boîte de Brillo et une œuvre d'art consistant en une boîte de Brillo, c'est une théorie de l'art. C'est la théorie qui propulse l'objet dans le monde de l'art et qui l'empêche de se réduire à l'objet réel qu'il est […]. Sans théorie, il est improbable que l'objet soit jamais perçu comme œuvre d'art et, afin de pouvoir l'envisager comme faisant partie du monde de l'art, il faut avoir maîtrisé une forte dose de théorie artistique sans compter une quantité importante d'informations relatives à l'histoire récente de la peinture new-yorkaise » [36]. L'idée pourrait être reprise au sujet de l'œuvre tautologique de M. Duchamp dont les *« ready-mades »* effacent la distinction entre l'ustensilité et l'esthétique – ainsi la pelle à neige signée en 1915 ou l'urinoir montré en 1917. Ici encore, l'absence de pensée théorique empêche d'aborder l'objet *comme œuvre d'art* qui ne se manifeste, ni n'importe où, ni n'importe quand, ni n'importe comment.

En tout état de cause, le comparatiste agit comme *négociateur*. C'est un interprète qui cherche à entendre, dans leur entrelacement avec son propre monde juridique, un autre droit et une autre façon de vivre dans le droit aperçus chez autrui (la comparaison, c'est *plus d'un droit*) [37]. Les signes juridiques pertinents se manifestent notamment dans des discours ou des pratiques, à travers des énoncés ou des actes. Ils sont liés à un arrière-plan informulé incorporant des savoir-faire implicites. Justifiable en termes socio-historiques, l'épistémè, qui organise un droit et qui légitime les savoirs dans un monde juridique, devient donc la trame de tout *travail* authentiquement comparatiste [38], puisque c'est elle qui modèle, en les balisant, les idées, valeurs et comportements parmi une « communauté » juridique délimitée comme telle. Or l'interprétation demeure la forme de représentation idoine lorsque ce qu'il s'agit de représenter (disons, le *comparandum*) – ainsi le droit ou la vie dans le droit entendu comme phénomène culturel – se fait signe ou ensemble de significations. Car l'interprétation est une lecture qui veut rendre compte non seulement des aspects directement visibles des phénomènes juridiques envisagés, mais encore de leur sens que ne nous révélera pas « l'observation stérile […] des *data* qui peuvent toujours être décrits à l'infini sans que l'on sache toujours ce qu'ils signifient ni pourquoi ils revêtent tant d'importance pour les autres ou pour nous » [39]. Le comparatiste est ainsi convié à une opération d'entremise qui, procédant d'une mise au jour de l'énigmaticité que recèle toute culture juridique, implique un décryptage passant par un déchiffrage du signifiant et par un décodage du signifié, toujours déjà incomplets, car il y a le secret de l'autre. Ceci étant, le ressourcement théorique de la pratique et de l'écriture comparatives que je préconise, marqué au coin d'une réflexion épistémologique, d'une impulsion herméneutique et d'une ambition déconstructrice, met en relief ce fait déterminant : le régime de production du savoir comparatiste est largement constructiviste en ce qu'il donne à entendre non pas un « objet » d'observation en lui-même (la comparaison n'est pas un savoir d'objet, puisqu'il n'y a pas de droit *en soi* ou *comme tel*), mais bien l'entendement que le comparatiste a acquis de ce qu'il appelle son « objet » de comparaison au moyen d'un discours qu'il s'est fabriqué, ce qui signifie, à proprement parler, que ce droit étranger, il l'aura *inventé* (étymologiquement, inventer, c'est tant « trouver » que « découvrir ») [40]. Le droit étranger vu à travers la lorgnette du comparatiste, ce serait ainsi un collage hétérogène bricolé par lui eu égard à une problématique par lui élaborée, cette pensée ne pouvant d'ailleurs que laisser dans l'ombre des pans entiers de l'autre monde juridique (sans oublier des parties importantes du « sien » propre). Dès lors, une interprétation peut être évaluée : il en est des plus et des moins sagaces [41].

J'ai évoqué, au moyen de l'idée derridienne de « fausse sortie », la tendance aperçue chez les comparatistes à faire eux-mêmes œuvre positiviste totalisante [42]. On ne se soustrairait donc pas d'emblée à la dynamique pulsionnelle primordiale il y aurait un « instinct de totalité » *(« Ganzheitstrieb »)* [43] et, refusant d'admettre que l'autre prime le soi par lequel il est pourtant insaisissable [44], on voudrait obstinément se l'approprier. C'est ce souci d'emprise qu'évoque M. Blanchot : « Il est tentant d'attirer à soi l'inconnu, de désirer le lier par une décision souveraine […] et de continuer, en cette approche, à jouir du calme et de la familiarité de la maison » [45]. Cette assimilation accomplie, on prétendrait, sans se préoccuper des obstacles épistémologiques à l'entendement de l'autre droit et de l'autre-en-droit par un soi situé, sans se soucier non plus de reconnaissance ou de respect de l'altérité, au droit unique, diversement qualifié de droit « intégré », « harmonisé », « globalisé », « mondialisé », « uniformisé » ou « unifié » [46]. On évacuerait la singularité en tant que *modus deficiens* de la mêmeté [47]. Ou encore, incurablement épris de « tout », de l'« idole de la totalité » [48], on souscrirait à l'encyclopédisme, variation sur le thème de l'outrecuidance formaliste [49]. « Rien à faire », pour reprendre, en la déplaçant, sa formule liminaire à Estragon [50] ? La comparaison des droits serait condamnée à positiviser et à totaliser, à ressasser l'antienne doxique et toxique ? Voire ! J'affirme qu'une comparaison *autrement* est possible en ce qu'il lui est à tout le moins possible de *délimiter* le positivisme, d'en briser la prétention totalisante [51]. Je soutiens qu'il existe un lieu fécond pour la comparaison qui se situe dans l'inachèvement de la non-positivité, dans la « restance » non totalisable de ce qui est comparé [52], c'est-à-dire dans ce que dégorgent les mots, les images, les pratiques (*grosso modo*, la culture). Alors que les comparatistes dominants veulent abolir le temps en éternisant l'état actuel des études juridiques comparatives, je maintiens qu'il est possible de faire advenir la temporalité dans la comparaison, soit de reléguer l'*establishment* comparatiste à l'inactuel. Cette comparaison qui ne serait pas arrimée à un prétendu tout (ou à un supposé centre), tributaire d'une logique du fragment qui montrerait que le droit local est cette construction contingente dissimulatrice de sa contingence, cet assemblage singulier qu'il faut défaire *pour y voir clair* [53], ce serait une comparaison qui, à l'égard de ce droit local et de ceux qui s'en disent, se ferait désaliénante, diagnostique, incisive. Ce comparatisme en marche, hétérotopique plutôt qu'utopique, viendrait, du moins *jusque-là*, « *ébranler* d'un ébranlement qui a rapport au *tout* » [54], trancher le mot.

*« Il y va d'un certain pas »*, écrit J. Derrida [55]. Oui. Puisqu'avant la comparaison qui voudrait commencer la tractation des droits tout a toujours déjà commencé [56], l'entrée en comparaison commande d'abord la sortie du territoire. Les frontières en cause relèvent, certes, de la géographie, car comparer des droits, c'est aller au-delà de l'espace qu'occuperait un droit. Mais comme il faut réfuter la borne, dire non à la limite, parce qu'il s'agit d'une déterritorialisation par laquelle on « accroî[t] son territoire » [57], les *en-jeux* dépassent le mouvement du corps [58]. Lorsque le comparatiste va en direction de l'autre droit ou vers l'autre-en-droit, il signifie en outre le déni de la totalité dans laquelle on avait prétendu enfermer sa pensée juridique en lui re-présentant le droit local en tant qu'ensemble cohérent et exhaustif allant de soi (en « oubliant » que « le chez-soi ne préexiste pas » et qu'« il a[vait] fallu tracer un cercle autour du centre fragile et incertain, organiser un espace limité » [59]). Face au « tout », le droit étranger était de trop et la comparaison se trouvait hors-jeu. En l'absence de reste, à quoi aurait-on pu comparer quoi que ce soit et pourquoi faire ? Prendre le parti de la comparaison, c'est dire non au juridisme qui, voulant « faire science », se livre, avec une violence épistémique soutenue, à un confinement du droit dans un hégémonisme (soi-disant) marqué au coin de la rationalité, de la systématicité, de la neutralité, de l'objectivité, de la pureté – bref, de l'ordre [60]. Ce « pas »-ci, étymologiquement lié à l'autre, c'est l'auxiliaire de la négation. Il marque le refus d'être réduit au déficit d'un projet d'axiomatisation de la pensée – une entreprise artificielle au sens de « factice » et dont la facticité se manifeste nécessairement aux dépens d'une autre facticité entendue comme « expérience », laquelle doit mettre en forme l'économie (l'*« oikos »*) de la pérégrination [61]. « Ce qui compte, c'est la trajectoire, le chemin, la traversée, en un mot *l'expérience* » [62]. À l'instar de l'impressionnisme ou du cubisme, du dodécaphonisme ou du ragtime, proclamer son *horror pleni*, revendiquer un *« Kunstchaos »* schlégélien, c'est s'affranchir d'un territoire auquel on avait relégué la pensée, c'est se libérer d'une aspiration au *Rechtsordnung* (qu'on aura intériorisée plus ou moins obséquieusement selon qu'on aura abordé les études comparatives plus ou moins « trop tard ») [63]. En ce qu'elle révèle une prise de position contraire à la positivité, aux positivistes, à la pose (et à la prose) positiviste et à ses exposés, l'intervention comparative s'affirme comme déposition, politique et cosmopolitique, de l'inlassable glose. La comparaison, c'est un discours insurgé, un contre-discours, un discours de résistance venant transgresser, d'une manière extatique mais cathartiquement aussi, la dogmatique des verrouilleurs de grilles de lecture (« l'Université, ce sont des Murs » [64]). C'est en ce qu'elle nous montre l'indigence d'une opinion juridique inscrite institutionnellement dans un processus d'aliénation affirmé dès les premières grand-messes, séances de dressage connues sous le nom de « cours magistraux » (le savoir juridique local est là « pour propager la soumission, rien d'autre » [65]), que « la négativité est une *ressource* » [66].

Surmontant son désir d'assujettissement à une institution attributive d'identité (donc simultanément invalidante et valorisante) présentée comme aimable par des redondeurs agrégés dans la grande rivalité mimétique qui passe par toutes les aventures de la ressemblance indéfiniment multipliable mobilisant à chaque traité, précis ou manuel l'image du père Justinien, auteur du livre fondateur et autoproclamé *« post deum communis omnibus pater »* (Nov. 1998. 2. 2) [67], acceptant la nécessité de se livrer à quelque chose comme un parricide le dégageant de la tutelle du même Justinien (ou de Domat), constatant le besoin d'une perte de repères comme condition de survie [68], le comparatiste français a la lourde tâche de prendre la mesure de ce que le droit appris relève d'un montage contingent consacré au moyen de mécanismes de

reproduction et de légitimation (souvent euphémisés, donc particulièrement méconnaissables, et, partant, remarquablement efficaces) et de se soustraire à des pratiques cognitives reçues (ce qui a été fabriqué par les juristes étant devenu ce qui est sûr, ce qui échappe à la controverse), à les défataliser, pour mettre au monde un monde où se mettre, lui, comme comparatiste, d'où pourrait émaner la production d'une connaissance comparative non pas vraie (je reviendrai sur le caractère insoutenable que revêtirait tout protocole de véridicité), mais *authentique* et, dès lors, *édifiante* [69]. Et cette émancipation du déjà-pensé pour pouvoir faire émerger l'encore impensé, le comparatiste la revendique, quoique dans un champ aussi normalisé que celui des études juridiques, notamment dans un pays *institutionnel* comme la France, la signature idiomatique participe de l'antagonisme et de l'épreuve (conflictualité à laquelle s'affrontent au quotidien ceux qui ont osé le bénéfice d'inventaire) [70].

En tant que critique de l'institution, de l'État, le comparatiste se fait psychotique et schizophrène. Il devient – et c'est un devenir désiré – malade du « réel » (juridique). Rappelons-le : la psychose est une affection psychique qui fait sortir du réel et des limites de la vie sociale, qui fait abandonner les réflexes sociaux. Et, par « schizophrénie », le *Robert* entend notamment le « refus des symboles et des codes formateurs du moi et garants de la société ». Inévitablement, le comparatiste met en jeu un procédé qui consiste à minorer le droit ordinaire, le droit standard, du fait même qu'il le situe en co-présence avec un autre droit (puisque cette *négociation* fait intervenir une désabsolutisation du droit local tel que posé). Le comparatiste fait dévier, dériver et délirer le droit local en l'entraînant hors des sillons de l'absoluité voulue. Il se livre à un travail de déréalisation du « réel » juridique en en reconnaissant le caractère artificiel, en le *dénaturalisant* (ainsi la catégorisation du droit en « privé » et « public » qui, comme la mer ou les oiseaux, aurait une existence « en soi » ou « comme telle », extérieure au juriste, ou encore l'apolitisme de la Cour de cassation qui, comme la montagne ou les insectes…) [71]. Il s'extirpe de ce « réel » pour se placer en marge de l'institution sans que ce geste de l'écart ne soit pourtant envisagé par lui comme participant du pathogène ou du pathologique (alors même qu'il sera qualifié tel par les juristes de l'*establishment* local observant le comparatiste et jugeant son projet fou : voir la place occupée en France par les études juridiques comparatives, que ce soit à l'université ou au concours d'agrégation, structures imparables de disqualification, qui atteste que, pour l'Ordre, la comparaison, même la plus banale, c'est un démoniaque affolant). En langue anglaise, l'*« outlandish »* connote d'ailleurs l'étranger (*« out of the land »* signifie, à la lettre, « à l'extérieur du territoire »), mais aussi l'étrange, le bizarre. Plus le comparatiste interpelle le droit de l'État à travers les sélections, connexions et disjonctions qu'il *invente*, plus il met ce droit en déséquilibre (pendant que le droit local est considéré par ceux qui en sont, et qui s'en portent bien, comme étant et comme devant être un système éminemment équilibré). Plus il va au-delà des possibilités du droit posé, plus il soumet ce droit à un procès, plus il se rend coupable de fétichisme, donc déviant, en ce qu'il est perçu comme s'investissant dans une idolâtrie transgressive en accordant à un droit (le droit étranger) une valeur que ne lui concèdent pas les prêtres du droit local. À la réflexion, s'il est exact de dire que le juriste français estime ce fétiche trompeur, ce n'est pas le fétichisme même qu'on reproche au comparatiste, mais le fait d'avoir choisi le mauvais fétiche : il fallait continuer à fétichiser le droit local ainsi qu'en témoigne, encore une fois, le concours d'agrégation. Mais c'est précisément *pedis admiranda*, en tant que Frenhofer ou autre restifiste, que le comparatiste est grand. Quand les spécialistes du droit posé local lui lancent que ce qu'il fait ce n'est pas du droit, il se confirme que le comparatiste n'est plus, à la différence de ces professeurs de droit local, gardien de l'ordre symbolique institué par l'État, adjuvant de l'État producteur de règles. Et cette grandeur, c'est aussi un genre de masochisme, car refuser l'État, réfuter l'identité conférée, ce qu'on est, et entreprendre de construire ce qu'on peut être, devenir « un monstre de carrefour », c'est se condamner à « un questionnement inconsolable, [à une] inquiétude jamais éteinte » [72]. Mais il y a la *demande* comparative : l'autre est là et l'autre reste, envers et contre tout ce qui prétendrait le défigurer, l'occulter, l'écarter [73]. L'autre parviendra même à tirer certain juriste formé et formaté hors de lui-même pour autant que le soi juridique se fasse le moindrement sensible à la clôture de la mêmeté, à ses stratégies retorses et à ses dispositifs de conjuration. Muer son *Trauerarbeit* en dire-oui à l'autre-en-droit, lui ménager un espace d'inscription, lui donner sa *chance*, c'est ne plus demeurer à sa place et, chemin faisant, devenir quelque chose comme égicide ou du moins *ego absconditus*, révoquer l'ego juridique, s'affecter de l'autre.

Avec l'autre, le soi n'est plus chez lui. Mais interrogeons-nous. Est-il jamais loisible, ou souhaitable, à un juriste français de maîtriser le droit anglais *comme un avocat ou un professeur anglais* ? Le juriste français tentant de dire l'expérience juridique anglaise doit-il essayer de rendre compte de la manière dont l'Anglais interprète le droit anglais en Angleterre, c'est-à-dire, au nom de *la* reconnaissance et du respect qui lui sont dus [74], chercher à reproduire le droit anglais dans son étrangeté, ou lui faut-il aspirer, se livrant au « jeu consolant *des* reconnaissances » [75], à couler ce droit anglais dans les formes du droit français afin de lui conférer du sens aux yeux de la « communauté » juridique française (quitte à ce que celle-ci ne l'admette qu'à titre de corroboration de sa pensée propre) [76] ? Quelles pourraient donc être, dans le lieu de l'hospitalité envers l'autre, c'est-à-dire de la négociation avec l'autre, certaines des civilités, des « "bonnes manières [de la comparaison] juridiqu[e]" (comme il existe des "manières" de table, de conversation, etc.) » [77] ? Retenons qu'il faut, en tout état de cause, éviter une comparaison qui se ferait de quelque façon que ce soit « altruicide », car, s'agissant de l'autre, l'inatteignable ambition doit être de le révéler tel qu'en lui-même. Or une violence inadmissible est déjà infligée à l'autre si l'entendement qu'on en propose exige son inscription forcée au regard d'appréhensions préjudicielles qui, nôtres, ne lui rendent pas justice et mettent à mal sa singularité. Entendre l'autre, certes, mais pas l'inclure ou l'englober (pas le « com-prendre »). Il incombe ainsi au comparatiste de faire en sorte que l'entendement de l'autre ne passe pas – ou, plus lucidement, passe le moins possible – par l'appropriation à ses systèmes, structures et signes. Ainsi la comparaison ne participerait pas du prolongement ou de la continuité d'un rapport entre le soi et l'autre, mais bien de l'*hiatus*. Elle ne relèverait, s'agissant de l'autre, ni de l'emprise ni de la prise, mais de la déprise. Il faudrait qu'elle adopte à l'égard de l'autre l'allure d'un geste qui, comme la main caressante, reste ouvert, hésitant et exploratoire. Ce serait un geste qui va vers l'autre sans aucune velléité de prédation, qui ne veut pas l'empoigner, le posséder, qui affirme l'altérité à l'encontre de gestes érotiques davantage conquérants. Il s'agirait d'un certain geste, au lieu que d'un geste certain, suscitant néanmoins une responsabilité de soi envers l'autre, car, alors même que je caresse l'autre, je dois répondre de l'impact de mon geste [78].

La comparaison envisagée en sa dimension caressante, en tant que « non-vouloir-saisir » barthésien [79], montre le statut intrinsèquement antinomique de la démarche comparative. Certes, celle-ci s'inscrit foncièrement dans une logique interventionniste de décryptage du droit de l'autre, mais retient aussi que « l'altérité ne peut être reconnue et approchée qu'à être tenue à distance respectueuse et protégée de la maîtrise du discours » [80]. Ainsi le déploiement passe certes par un descellement de l'autre [81], mais en outre par son éloignement. En sa constitution même, la comparaison révèle donc une logique de la différence en ce qu'elle se fait caressante mais aussi pénétrante. L'entrelacement dans l'indistinction des deux démarches ne permet pourtant pas à la comparaison de prétendre à l'univocité, d'acquérir *un* sens, puisque la comparaison n'est ni l'une ni l'autre (ni, d'ailleurs, une troisième stratégie qui, irénique et réconciliatrice, pacificatrice et synthétisante, serait à la fois l'une et l'autre) : il demeure deux gestes *différents* jusque dans leur simultanéité (l'enchevêtrement n'étant jamais que *quasi* inextricable), c'est-à-dire une pratique intrinsèquement instable, *sous tension*. Quoiqu'il y ait deux jouissances (celle de la proximité et celle de la distance), l'altérité vient marquer la limite de la violence possible : l'autre, c'est la butée de la violence. (Beckett traduisant Beckett est libre de se montrer aussi impérieux ou frivole qu'il le souhaite à l'égard de la pièce de théâtre : il peut *se* faire violence, en ressentir un soulagement, y prendre plaisir. Mais le traducteur de Beckett n'est pas libre de « violenter » la pièce de Beckett, de lui faire des « choses », du moins pas au-delà de ce qui est requis pour qu'existe la traduction, car l'écrit de Beckett reste, pour lui, l'écrit de l'autre.)

Il faut voir que pour réussir (pour permettre de comprendre l'autre au sens d'« entendre », d'*« understand »* ou de *« verstehen »*), la comparaison doit échouer (elle ne doit pas permettre de comprendre l'autre au sens de « saisir », d'*« include »* ou d'*« enthalten »*). La comparaison telle que nous la désirons, c'est-à-dire la comparaison qui n'arrive pas qu'à échouer, se verrait toujours ajournée. Elle tournerait

autour de l'autre, elle serait (telle Godot) constamment *à venir*. La comparaison, ce ne pourrait donc jamais être que quelque chose comme la comparaison inaccomplie, c'est-à-dire la comparaison *quand même*, la comparaison *malgré tout*. En l'attendant, balisons. Comparer, au mieux : « [Ent]endre plusieurs cultures comme elles se sont [entendu]es elles-mêmes, puis les [ent]endre entre elles ; reconnaître les différences construites, en les faisant jouer les unes en regard des autres » [82]. Ce qui doit signifier que le temps est venu de saborder la stratégie d'arraisonnement de l'altérité chère à l'*establishment* comparatiste, celui de la sortie trompeuse, en recourant pour ce faire à la force dislocatrice de la pensée différentielle au nom, notamment, de la précédence de l'autre en tant que sa spécificité dépasse nécessairement la comparaison. Ce qui annonce une comparaison de l'auscultation, de l'écoute [83], soit une comparaison prônant « [u]n arrangement d'une sorte nouvelle, qui ne sera pas celui d'une harmonie, d'une concorde ou d'une conciliation, mais qui acceptera la disjonction ou la divergence […] : un arrangement qui ne compose pas, mais […] laisse *en dehors* les uns des autres les termes qui viennent en relation, respectant et préservant cette *extériorité* et cette distance comme le principe – toujours déjà destitué – de toute signification », cette « interruption se charge[a]nt ici d'une force de justice extraordinaire » [84]

Parce que l'autre droit et l'autre-en-droit sont, à la lettre, incognoscibles, puisqu'on ne peut qu'y inaccéder (le soi comparant n'est pas l'autre et doit admettre un espace d'insoumission à son regard théorique, un irréductible « reste » se manifestant hors de toute appropriation envisageable), la comparaison demeure impossible (elle ne peut pas aboutir). Mais parce qu'il y a l'autre droit et l'autre-en-droit, la comparaison demeure possible (elle peut exister). Insoucieux de l'aporie, de la « pierre d'angle défectueuse » [85], conscient de ce que la comparaison ne permet au comparatiste de se reconstruire qu'en deçà de certaines limites, qu'elle n'autorise un accès à l'autre qu'en deçà de certains horizons aussi, au fait, donc, des « infirmités » de la comparaison [86], de ce *« double bind »*, défendons-là comme une pratique pourtant irrefusable, qui ne peut pas ne pas se manifester, puisque ses contraires – la vanité, la complaisance, le chauvinisme, l'ethnocentrisme, l'impérialisme, le colonialisme –, même là où ils ne se donnent pas immédiatement à voir, sont proprement inacceptables. Ne pas comparer, ce serait plus *marqué* que comparer. Insistons pour affirmer – car, sinon, la comparaison des droits se ferait impertinente – que ni l'européanisation ni la globalisation ne peuvent être considérées comme instaurant un nouvel ordre transnational où s'échangeraient des complémentarités réalisant une figure de l'universel concret. Bien plutôt, ces figures redisent que le droit n'a jamais d'autre existence que dans la multiplicité des droits et reposent ainsi la question phénoménologique de l'être-en-commun non pas de façon positive, mais négative. Elles obligent, en effet, non pas à décider des possibilités internes qu'il suffirait de libérer de leurs contradictions, mais à identifier les *impossibilités* d'être-en-commun (en commençant par le fait que l'autre, qu'il s'agisse de l'autre droit ou de l'autre-en-droit, est toujours rapporté, c'est-à-dire relayé ; il est donc, dans l'entendement qu'on en peut avoir, reporté : ce sera pour une prochaine fois, peut-être s'y entendra-t-on mieux une prochaine fois). Or nous avons beaucoup à gagner à vouloir continuer à entendre, et l'autre et nous-même, car l'avancement dans l'entendement participe du progrès vers une liberté possible. Oui. La comparaison, en ce qu'elle réfute l'indurescence hégémonique du positivisme homogène, en ce qu'elle refuse l'élision de l'autre, et ce, malgré l'*« in[entendement] de principe »* qui préside à la négociation avec lui [87], en ce qu'elle affirme l'autre, en ce qu'elle défère à l'autre en sa singularité, en ce qu'elle veut se faire digne de l'autre, n'est donc pas étrangère à quelque chose qui peut (peut-être) encore s'appeler la justice [88]. Au sens où elle valorise ce que L. Bonoli appelle fort opportunément « l'expérience d'un heurt » ou *« l'effet d'agrammaticalité »* [89], elle constitue un vital *engagement*. Et il en est également ainsi parce qu'en tant qu'exercice d'anthropologie symétrique, la comparaison convie le comparatiste à opérer un retour sur soi par-delà le tropisme émancipateur le poussant à s'intéresser à un autre droit. En tout état de cause, répétons que la production d'un entendement contrôlé du « droit » que le comparatiste a constitué comme intéressant son étude ne saurait se confondre avec les juxtapositions atones, arides versions *reposantes* de la mêmeté qui, dans la monotonie de leur insistance, nous remettent en mémoire la pesante tutelle des préoccupations mercantiles et quotidiennes des cabinets d'affaires ou des organismes gouvernementaux, étranges accordailles auxquelles la « comparaison » des droits s'est vouée et qui l'ont beaucoup trop souvent confinée à des problématisations dévitalisantes et dessiccatives.

## Notes

[1] « Fragments d'un discours amoureux », dans *Œuvres complètes* 2e éd., É. Marty (dir.), V, Éd. du Seuil, 2002, p. 285 [1977]
[2] Moins flagrants que les ratures (ainsi son ou il y a), ces guillemets, ici comme ailleurs, veulent aussi montrer l'impossible adéquation d'un mot ou d'une expression *empiégeant*.
[3] Il existe une comparaison bémolisée qui met en présence des droits d'une même tradition juridique. Mais l'autre tradition demeure l'*épreuve* de la comparaison. Cf. E. Levinas, *Totalité et infini* Livre de Poche, 2001, p. 71 [1971] : « L'absolument étranger seul peut nous instruire »
[4] « Fragments posthumes », dans *Œuvres philosophiques complètes* G. Colli et M. Montinari (dir.), trad. P. Klossowski, XIII, Gallimard, 1976, p. 343 [1887-1888]. J'ai modifié la traduction
[5] Dans *Revue d'histoire des facultés de droit*…, 1990/10-11, p. 138, Marie-France Renoux-Zagamé écrit que le *« jus commune »* s'inscrit dans « l'histoire des croyances ». Il s'agit d'un « *phénomène de foi*, à étudier comme tel chez ceux qui s'en voulurent et s'en dirent les prêtres » [c'est l'auteur qui souligne]. *Il faut le croire pour le voir*.
[6] H. Bergson, « Le possible et le réel », dans *Œuvres* 4e éd., A. Robinet (dir.), puf, 1984, p. 1340 [1930]
[7] Pour un argument montrant le remplacement progressif du langage social par un langage culturel, v. A. Touraine, *Un nouveau paradigme*, Fayard, 2005.
[8] P. Bourdieu, « Postface », dans E. Panofsky, *Architecture gothique et pensée scolastique* 2e éd., trad. P. Bourdieu, Éd. de Minuit, 1967, p. 159.
[9] T. Bernhard, *Erzählungen* Suhrkamp, 2001, p. 74 [1967]
[10] V. R. Gordon, dans *Stanford L. R.* 1984, p. 90, : « Les pratiques spécifiquement juridiques en une culture sont de simples dialectes issus d'un discours social originel ». Il n'y a pas de raison de s'attendre à ce qu'une culture juridique « s'écarte radicalement du répertoire d'entendement général en la culture environnante ». Pour une réflexion invoquant l'affinité entre une dimension typique du civilisme français, soit la structuration du discours selon le mode apodictique, et l'argumentaire de certains écrits philosophiques et littéraires français « canoniques », v. P. Legrand, dans *Le Droit civil, avant tout un style ?*, N. Kasirer (dir.)Thémis, 2003, p. 153-183.
[11] Ainsi l'interprétation d'*Attia* v. *British Gas plc*, [1987] 3 All ER 55 (CA), exige une méditation approfondie autour de l'idée de *« home »* telle qu'elle prévaut en la culture anglaise. V. généralement Lorna Fox, *Conceptualising Home*, Hart, 2007.
[12] *Traité élémentaire de droit civil comparé*, lgdj, 1950, p. 17.
[13] Cf. G. Wilson, dans *Modern L. R.* 1987, p. 831. : « Il ne serait pas sage de considérer quoi que ce soit dans la société japonaise comme étant *a priori* non pertinent à l'entendement du droit japonais »
[14] G. Deleuze, *Pourparlers*, Éd. de Minuit, 1990, p. 218.
[15] N. Graveline, *Les Plus beaux jardins de France* Minerva, 1995, p. 119. V. généralement A. Weiss, *Miroirs de l'infini* 2e éd., trad. Mathilde Sitbon, Éd. du Seuil, 2011.
[16] Caroline Seebohm et C. Sykes, *La Campagne anglaise*, trad. C. Diebold, Éd. du Chêne, 1988, p. 94-95.

[17] Autour de l'idée qu'« on ne peut pas être un moi par soi-même » (C. Taylor, *Les Sources du moi*, trad. Charlotte Melançon, Éd. du Seuil, 1998, p. 57, [1989]), v. G. Bruns, *Hermeneutics Ancient and Modern* Yale up, 1992, p. 195-212. V. aussi A. MacIntyre, *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, trad. Michèle Vignaux d'Hollande, puf, 1993, [1988] ; *Id.*, *Après la vertu*, trad. L. Bury, puf, 1997, [2e éd., 1984, ] ; *Id.*, *Three Rival Versions of Moral Enquiry*, Notre Dame up, 1990.

[18] Pour un examen détaillé de la notion de « culture » dans son application à la comparaison des droits (avec de nombreuses références), v. P. Legrand, dans *J. Comp. L*, 2006, p. 374-393.

[19] C. Lévi-Strauss, « Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss », dans M. Mauss, *Sociologie et anthropologie* puf, 1995, p. xvi [1950]

[20] Ce phénomène s'explique notamment par une atténuation de la neuro-plasticité à l'âge adulte. V. B. Wexler, *Brain and Culture*, mit Press, 2006.

[21] Autour de la notion de « communauté », v. J.-L. Nancy, *La Communauté désœuvrée* 2e éd., C. Bourgois, 1990 ; M. Blanchot, *La Communauté inavouable* Éd. de Minuit, 1983 ; G. Agamben, *La Communauté qui vient*, trad. Marilène Raiola, Éd. du Seuil, 1990 [1990]

[22] *Stanze*, trad. Yves Hersant, Payot, 1998, p. 185 [1977]

[23] J'emprunte cette formule à W. Sellars, *Science, Perception and Reality*, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 1.

[24] P. Bourdieu, *Les Règles de l'art*, Éd. du Seuil, 1992, p. 280.

[25] V. J. Derrida, *Marges*, Éd. de Minuit, 1972, p. 162.

[26] W. Ewald, dans *Am. J. Comp. L.*, 1995, p. 492.

[27] Cette tactique d'évitement est particulièrement remarquable lorsqu'on s'intéresse au travail qui s'effectue dans d'autres champs. *E.g.* : Cécile Vigour, *La Comparaison en sciences sociales* La Découverte, 2005 ; *Stratégies de la comparaison internationale* M. Lallement et J. Spurk (dir.)Éd. du cnrs, 2003 ; *Comparative Literature in an Age of Globalization* H. Saussy (dir.)Johns Hopkinsup, 2006 ; B. Badie et G. Hermet, *La Politique comparée* A. Colin, 2001 ; N. Melas, *All the Difference in the World* Stanford up, 2007. Mais v., *e.g.*, « Symposium: New Approaches to Comparative Law », *Utah L. R* 1997, p. 259-663 ; *Comparer les droits, résolument*, P. Legrand (dir.), puf, 2009.

[28] P. Legendre, *Paroles poétiques échappées du texte*, Éd. du Seuil, 1982, p. 26.

[29] Pour une critique détaillée du comparatisme dominant, v. P. Legrand, dans *Cardozo L. R.* 2005, p. 631-717 ; *Id.*, dans *Derrida and Legal Philosophy*, P. Goodrich*et al.* (dir.), Palgrave, 2008, p. 125-151.

[30] Mais voir *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions* P. Legrand et R. Munday (dir.), Cambridge up, 2003. Cet ouvrage contient une condamnation de l'eurocentrisme qui continue à affliger les études juridiques comparatives et un appel à une comparaison qui ferait enfin leur place aux droits subalternes : U. Baxi, « The Colonialist Heritage », p. 46-75.

[31] V. Nabokov, *Autres rivages*, trad. Yvonne Davet, Gallimard, 1991, p. 316 [1951] *(« syncopal kick »)*

[32] Cf. J. Lacan, *Écrits* Éd. du Seuil, 1966, p. 421. : « Il est autonome ! Celle-là est bien bonne »

[33] Le soi est aussi habité par ce qui est étranger à l'idée qu'il se fait de ce qu'il doit être et qu'il refoule. Si primordiale soit-elle, une identité n'en est donc pas moins métissée. V. Julia Kristeva, *Étrangers à nous-mêmes*, Fayard, 1988.

[34] *E.g.* : P. Legrand, dans *J. Comp. L.*, 2006, p. 13-40.

[35] G. Deleuze et F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?* Éd. de Minuit, 1991, p. 104 [ce sont les auteurs qui soulignent]

[36] A. Danto, dans *J. Philosophy* 1964, p. 581. Cf. S. Cavell, *Must We Mean What We Say?* Cambridge up, 1976, p. 218, où l'auteur propose une réflexion sur le sens artistique de la sculpture d'A. Caro

[37] Je démarque J. Derrida, *Mémoires*, Galilée, 1988, p. 38.

[38] « Travail : ce qui est susceptible d'introduire une différence significative dans le champ du savoir, au prix d'une certaine peine pour l'auteur et le lecteur, et avec l'éventuelle récompense d'un certain plaisir, c'est-à-dire d'un accès à une autre figure de la vérité » : M. Foucault, dans *Dits et écrits* D. Defert et F. Ewald (dir.), IV, Gallimard, 1994, p. 367 [1983]

[39] F. Affergan, *La Pluralité des mondes*, A. Michel, 1997, p. 146.

[40] Répétons-le : ceci n'est pas dire que le comparatiste intervient à titre de « sujet » au sens où il agirait en tant qu'être conscient et libre animé par quelque chose comme la Raison (pure) ou la Volonté (souveraine). En ce qu'elle permet de dépasser l'opposition entre « objet » et « sujet » (ou entre le « social » et l'« individuel »), la notion heideggérienne de « jectité » vient fort utilement relativiser la place de l'intentionnalité (cf. *infra*).

[41] Pour de riches réflexions en matière d'interprétation, v., *e.g.*, S. Fish, *Quand lire c'est faire*, trad. E. Dobenesque, Les Prairies ordinaires, 2007 ; U. Eco, *Interprétation et surinterprétation* S. Collini (dir.), trad. J.-P. Cometti, puf, 2001, [1992] ; M. Rosenfeld, *Les Interprétations justes*, trad. Geneviève Wailand, lgdj, 2000, [1998] ; A. Bass, *Interpretation and Difference* Stanford up, 2006 ; S. Weber, *Institution and Interpretation* 2e éd., Stanford up, 2001 ; *The Practice of Cultural Analysis* Mieke Bal (dir.), Stanfordup, 1999 ; W. Iser, *The Range of Interpretation* Columbia up, 2000 ; L. Bonoli, *Lire les cultures*, Kimé, 2008.

[42] Autour de l'« appétit » pour l'« explication totale », v. G. Steiner, *Nostalgia for the Absolute*, Anansi, 1997, p. 5-6.

[43] C. Jung, « Ein moderner Mythus », dans *GW* Lilly Jung-Merker et Elisabeth Rüf (dir.), X, Walter, 1974, p. 374 [1958]. L'ambition de totalisation relèverait d'un désir de retour à la situation gynocentrique primordiale. Qu'il s'agisse du *cogito* cartésien ou du « sujet transcendantal » kantien, ces formations intellectuelles ne constitueraient pas tant des totalités fondatrices que des systèmes de pensée marqués du *seing* de la perte du « tout » premier

[44] V. Levinas, *Totalité…*, p. 39-45.

[45] *Celui qui ne m'accompagnait pas*, Gallimard, 1953, p. 152.

[46] *E.g.* : C. Witz, dans *D*2000.Chron.79. *Contra* : A. Supiot, *Homo juridicus* Éd. du Seuil, 2005, p. 29. : « Penser l'européanisation ou la mondialisation comme des processus d'effacement des différences et d'uniformisation des croyances, c'est se préparer des lendemains mortifères »

[47] À l'encontre des stratégies déracinantes, v. P. Legrand, dans *Harvard Int. L. J*, 2006, p. 517-530.

[48] P. Valéry, « Au sujet d'*Eurêka* », dans *Œuvres* J. Hytier (dir.), I, Gallimard, 1957, p. 864 [1924]

[49] *E.g.* : *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1971-….

[50] S. Beckett, *En attendant Godot*, Éd. de Minuit, 1952, p. 11.

[51] C'est sans doute d'une *fêlure* dont il doit s'agir. Cf. J. Derrida, *Positions* Éd. de Minuit, 1972, p. 35. : « [J]e ne crois pas à la rupture décisive […]. Les coupures se réinscrivent toujours, fatalement, dans un tissu ancien qu'il faut continuer à défaire, interminablement »

[52] V. Derrida, *Marges…*, p. 367-393.

[53] V. *Global Assemblages* Aihwa Ong et S. Collier (dir.), Blackwell, 2005.

[54] J. Derrida, *L'Ecriture et la différence* Éd. du Seuil, 1967, p. 13 [c'est l'auteur qui souligne]

[55] *Apories* Galilée, 1996, p. 23 [c'est l'auteur qui souligne]

[56] J. Derrida, *Spectres de Marx*, Galilée, 1993, p. 255-256.

[57] G. Deleuze et F. Guattari, *Mille plateaux*, Éd. de Minuit, 1980, p. 19.

[58] Sur la *« skholè »*, v. P. Bourdieu, *Raisons pratiques*, Éd. du Seuil, 1994, p. 221-236.

[59] Deleuze et Guattari, *Mille plateaux…*, p. 382.
[60] *E.g.* : H. Kelsen, *Théorie pure du droit* 2e éd., trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 253-254 [1960] : « Le droit est un ordre et, par conséquent, tous les problèmes du droit doivent être posés et résolus en tant que problèmes d'ordre ». J'ai modifié la traduction
[61] Cf. Alain, *Propos* M. Savin (dir.), I, Gallimard, 1956, p. 1052-1053 [1931] : « Un tel refus est rare dans les penseurs. Presque tous sont enragés de raison ; on ne lit que des plans de bonheur universel ; c'est à faire frémir »
[62] J. Derrida, *Papier machine* Galilée, 2001, p. 368 [c'est moi qui souligne]
[63] Cf. E. Levinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence* Livre de Poche, 2001, p. 235, [1974] : « En m'approchant d'Autrui, je suis toujours en retard sur l'heure du "rendez-vous" ». Le fait que la comparaison des droits vienne dans l'après-coup aurait toutefois l'avantage d'érotiser celle-ci en tant que le retard la ferait se tendre vers un désir d'assouvissement : v. J. Derrida, *Politiques de l'amitié*, Galilée, 1994, p. 383.
[64] P. Legendre, dans *Ornicar ?*, mars 1975, p. 9.
[65] *Id.*, *L'Amour du censeur*, 2e éd., Éd. du Seuil, 2005, p. 51.
[66] Derrida, *L'Ecriture…* p. 381 [c'est l'auteur qui souligne]
[67] Cf. Legendre, dans *Ornicar ?…* p. 3. : « S'agissant des choses universitaires, par lesquelles opère une perpétuelle rencontre des innocents avec leur patristique […], de quoi peut-il être d'abord question, sinon de redites, de répétiteurs et de cérémonies pour les contenir ? »
[68] V. Julia Kristeva, dans *French Studies*, 1991, p. 396.
[69] V. R. Rorty, *L'Homme spéculaire*, trad. T. Marchaisse, Éd. du Seuil, 1990, p. 393-432 [1979]
[70] Sur la censure se manifestant pour empêcher que des études comparatives reçues comme « contraventions » à la *doxa* mettent en circulation des énoncés destinés à entrer dans la mémoire épistémique, v. P. Legrand, dans *McGill L. J.* 2005, p. 669-683. Le censeur intervient dans divers registres. Il peut choisir de solliciter une contribution, puis gérer sa publication tout en la stigmatisant allègrement *expressis verbis* (sans se soucier, d'ailleurs, de déontologie éditoriale). *E.g.* : « Avant-propos », dans *L'Harmonisation du droit des contrats en Europe*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Économica, 2001.
[71] V. J. Ellul, *Histoire des institutions* 9e éd., III, puf, 1982, p. 27, : « Le droit devient une sorte de réalité imposée au donné social, le mettant en forme, et finissant en somme par devenir plus "vrai" que les faits ». V. aussi J.-L. Nancy, *L'Impératif catégorique* Flammarion, 1983, p. 43. : « L'acte juridique […] institue délibérément l'écart du signe à la chose ». La « stabilisation » en un droit de catégories intrinsèquement instables (*e.g.* : « privé »/« public », « politique »/« apolitique ») rend bien compte de l'utilité de la notion de « culture » sur le plan heuristique
[72] J. Kristeva, dans *French Studies…* p. 388, et 386. V. aussi J. Baudrillard et M. Guillaume, *Figures de l'altérité* Descartes, [1993]. Cf. G. Bataille, *L'Expérience intérieure*, dans *Œuvres complètes*, V, Gallimard, 1973, p. 10 [1943] : « Ne plus se vouloir tout est tout mettre en cause. […] [D]ès lors commence une expérience singulière. L'esprit se meut dans un monde étrange où l'angoisse et l'extase se composent. […] Ce qui caractérise une telle expérience […], où rien […] ne se révèle, sinon l'inconnu, est qu'elle n'apporte jamais rien d'apaisant »
[73] « Tous les efforts de la raison humaine tendent à l'élimination de l'autre. *L'autre n'existe pas* : telle est la foi rationnelle, l'incurable conviction de la raison humaine. Identité = réalité, comme si, en fin de compte, tout devait absolument et nécessairement être *l'un et le même*. Mais *l'autre* refuse de disparaître : il subsiste, il persiste ; c'est l'os dur sur lequel la raison se casse les dents. Il y a ce qu'on pourrait appeler l'incurable *altérité* dont l*a mêmeté* doit toujours souffrir » : A. Machado, « Juan de Mairena – Sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo», dans *Poesía y prosa* O. Macrì (dir.), Espasa-Calpe, [1989], p. 1917 [1936]
[74] Autour de la notion hégélienne d'*« Anerkennung »*, v. C. Taylor, *Multiculturalisme*, trad. D.-A. Canal, Aubier, 1994, [1992] ; A. Honneth, *La Lutte pour la reconnaissance*, trad. P. Rusch, Le Cerf, 2000, [1992]. V. aussi P. Markell, *Bound by Recognition* Univ. Chicago Press, 2003 ; Elizabeth Povinelli, *The Cunning of Recognition* Duke up, 2002 ; P. Kain, *Hegel and the Other* suny Press, 2005. V. généralement *La Quête de reconnaissance*, A. Caillé (dir.), La Découverte, 2007.
[75] M. Foucault, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », dans *Dits et écrits…*, II, p. 147 [1971] (c'est moi qui souligne)
[76] Cf. P. Legendre, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident* Fayard, 2004, p. 60. : *« L'autre culture n'existe pas pour elle-même, mais seulement conditionnellement »* [c'est l'auteur qui souligne]
[77] A. Greimas, *Sémiotique et sciences sociales*, Éd. du Seuil, 1976, p. 111.
[78] V. Z. Bauman, *Postmodern Ethics* Blackwell, 1993, p. 92-98. V. déjà E. Levinas, *Le Temps et l'autre* puf, 1983, p. 82-83, [1947]. V. aussi M.-A. Ouaknin, *Méditations érotiques* Balland, 1992, p. 128-143, (*e.g.*, p. 131. : « La caresse s'oppose à la violence de la griffe »)
[79] Barthes, *Fragments…*, p. 285-287.
[80] J.-L. Nancy, dans *Derrida et la question de l'art*, A. Jdey (dir.), Éd. Cécile Defaut, 2011, p. 17.
[81] Ce dépliement-ci dicte d'ailleurs que le comparatiste ne doit pas même parler au nom de l'autre afin de ne pas le priver de sa voix. Il préserve cependant sa place à la critique, puisqu'il ne s'agit pas pour le soi de laisser les choses telles qu'il les a discernées en arrivant chez l'autre.
[82] M. Detienne, *Comparer l'incomparable*, Éd. du Seuil, 1999, p. 59.
[83] V. M. Heidegger, *Introduction à la métaphysique*, trad. G. Kahn, Gallimard, 1967, p. 153, [1953] : « Nous devons essayer d'entendre seulement ce qui est dit là ». J'ai modifié la traduction. V. généralement Gemma Fiumara, *The Other Side of Language* Routledge, 1990. V. aussi J.-L. Nancy, *À l'écoute*, Galilée, 2002.
[84] M. Blanchot, *L'Entretien infini*, Gallimard, 1969, p. 453.
[85] Derrida, *Mémoires…*, p. 82.
[86] J'emprunte ce mot à M. Merleau-Ponty, *Éloge de la philosophie*, Gallimard, 1960, p. 59.
[87] Legendre, *Ce que l'Occident…* p. 42, [c'est l'auteur qui souligne]. Mais même dans son altérité la plus *« uncanny »* ou *« unheimlich »*, « l'autre n'est absolument autre qu'en étant un ego, c'est-à-dire d'une certaine façon le même que moi » : Derrida, *L'Ecriture…*, p. 187.
[88] V. J. Derrida, *Force de loi* Galilée, 1994, p. 55, et 61. Cf. Levinas, *Totalité…* p. 89. : « La relation avec autrui – c'est-à-dire […] la justice »…
[89] *Lire les cultures…*, p. 97-98 [c'est l'auteur qui souligne].

# Chapitre II

# Comparer *les droits*

L'analyse comparative du droit (formule entendue au sens où il faut mettre le droit *en analyse*) étudie le droit – ce dont Flaubert écrivait dans son roboratif sottisier qu'« on ne sait pas ce que c'est » [1]. Il n'empêche. Le comparatiste français se consacrant à sa recherche voudra se munir d'une conception du droit, autre que celle qui vaut seulement en France, lui permettant de cerner le lieu et le temps des droits d'ailleurs. Où commence un droit et où s'arrête-t-il (et s'arrête-t-il…) ? Où se situerait le non-droit ? Où tracer la ligne entre la norme et la déviance, entre le normal et le pathologique ? Pour la très grande majorité des comparatistes français, élevés en la tradition juridique romaniste, ces questions se trouvent trop vite résolues. Le droit, c'est la loi et, le cas échéant, la décision judiciaire suprême (ou, du moins, l'arrêt de principe venant se greffer de manière ampliative à la loi) [2]. Ainsi les termes « droit » et « loi », selon G. Rouhette, « n'ont pas nécessairement un sens différent » [3]. Cette compulsion positiviste explique que la loi en vienne à constituer la provende quotidienne de la *doxa* comparatiste française et comment le juriste « se nourrit du travail sur les textes [de loi] », « [son] [e]spoir [étant] de découvrir, dans leur analyse, dans leur rapprochement, dans la conférence de dispositions complémentaires, divergentes ou apparemment contradictoires, *la* solution la moins insatisfaisante, la moins injuste » [4]. Dès lors, « la doctrine française reste un pouvoir allié du pouvoir, qui donne vie et forme aux créations de celui-ci, qui surtout facilite la mise en œuvre des textes [de loi] » [5]. Mais l'approche selon laquelle le droit se confinerait à ses formulations législatives et, le cas échéant, judiciaires ne relève guère d'une réflexion approfondie sur l'ontologie du juridique. En dernière analyse, la clef de la sujétion à la loi paraît plutôt résider dans une profession de foi de juristes qui tiennent pour installée une vérité qui serait légalement constituée indépendamment d'eux. Étant entendu que « [n]ous sommes gouvernés par des écrits » [6], « [l]e vrai a[urait] pour équivalent un *c'est écrit* » [7].

Dans une perspective comparative, ne pourrait-on pas toutefois raisonnablement avancer que « la clôture n'est pas la fin » [8], que le phénomène « droit » ne se limite pas au discours apodictique, qu'il est aussi un *par-delà-la-règle* ? Ne pourrait-on pas même prétendre qu'il n'est rien qui soit *a priori* hors droit ? Le droit subsumerait ainsi ce que le comparatiste, affirmant un pouvoir néanmoins tributaire de sa jectité (cf. *infra*), inscrirait ici et maintenant comme participant du droit. L'étude de la politique ou de l'économie afin de mieux représenter une configuration juridique étrangère ne placerait donc pas le comparatiste à l'extérieur du champ du droit. Son analyse resterait, au contraire, un travail d'herméneutique déconstructrice *juridique* (cf. *infra*). Le comparatiste n'aurait pas quitté le droit pour entrer au royaume de la politique ou de l'économie, c'est-à-dire dans un monde qui ne serait pas du droit, qui serait un autre monde. Pareillement, lorsque le droit chercherait à s'y entendre en engageant la négociation avec l'histoire ou la linguistique, il générerait une conversation avec lui-même sans jamais pourtant sortir de lui-même. Il y aurait, en le juridique, quelque chose comme « l'origine non juridique ou préjuridique du juridique » [9].

Faire ainsi exister le droit autrement doit cependant passer par une contestation du capital culturel constitué par les institués locaux au terme d'un processus de célébration et d'imposition de légitimité qui appelle à une prosternation intervenant selon la formule « je pense, donc je suis » (au sens de *« to follow »* ou *« folgen »*) et allant jusqu'en dessous du seuil de la conscience lucide : « Nous sommes installés dans un discours, mais ce discours nous ne l'entendons plus » [10]. La difficulté associée à cette entreprise de subversion vient de ce que, dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir institutionnel par les juristes établis visant à protéger leur acquis et à empêcher que celui-ci ne soit destitué ou dévalué, les notions reçues localement sont reprises d'emblée comme relevant du donné nécessaire et permanent plutôt que du construit contingent et provisoire (la force performative du discours institutionnel étant telle que les appellations nominales renvoyant au réseau de différenciations en vigueur – « droits objectifs », « droits subjectifs », « droits personnels », « droits réels » et ainsi de suite – tendent à faire exister sous nos yeux ce qu'elles désignent et à le faire exister comme elles le nomment, c'est-à-dire en tant qu'« objet en soi », la preuve de l'existence dudit « objet » résidant au fond dans le fait qu'on puisse le nommer). C'est encore la sauvegarde de l'acquis qui commande au rejet d'une conception du droit comme formation culturelle *(« law-as-culture »)* [11], laquelle réclamerait pour son entendement une compétence interdisciplinaire mobilisant directement des matériaux ou des tournures de pensée ailleurs en éveil et exposant les juristes établis au vertige d'une non-maîtrise, ôtant donc de la force à ceux qui n'ont tout simplement pas intérêt à ce que les choses soient différentes de ce qu'ils disent qu'elles sont [12]. Il faut voir que le système de désignations, significations et définitions qui interdit aux juristes locaux de penser et nommer ce qui n'est pas réputé légitime – cette socialisation particulière – se reproduit dans le champ des études juridiques comparatives où, ici de même, la violence symbolique instituée idéologiquement et diffusée pédagogiquement est jugée socialement et psychologiquement acceptable (d'une manière qui ne doit d'ailleurs pas trop étonner, puisque les comparatistes sont d'abord des juristes). Chez les comparatistes aussi, il y a le cercle enchanté de la légitimité positiviste élaboré à la faveur d'une amnésie de la genèse culturelle. C'est ainsi que, dans le champ des études juridiques comparatives mêmes (où, par-delà l'adhésion implicite de tous les comparatistes à l'intérêt générique du champ en vertu duquel on attribue au droit étranger une *relevance* normative, celui-ci se caractérise notamment par ses antagonismes structurels), il devient pareillement subversif de dire que le droit est culture [13], car c'est, ici aussi, proposer de faire exister le droit autrement (l'invention d'une forme correspondant, ici encore, à l'invention d'une position ou d'un écart dans le champ, à l'affinement de la distinction et à l'enrichissement d'une représentation de soi – ce qui n'est pas sans contribuer à démontrer qu'« il n'est pas possible […] de traiter l'ordre culturel [l'épistémè] comme totalement indépendant des agents et des institutions qui l'actualisent », étant entendu que ce sont « les agents et les institutions qui […] s'emploient, avec tous les pouvoirs dont ils disposent, à faire passer à l'acte [les possibilités] qui leur paraissent les plus conformes à leurs intentions et à leurs intérêts spécifiques » [14]. Mais, en refusant l'hérésie dont l'inscription interdisciplinaire les ferait « retomber en enfance » et les obligerait à réapprendre à parler, les comparatistes dominants – comme leurs vis-à-vis locaux – font incessamment de la politique, sans pourtant s'arrêter à aucun moment de faire du droit [15]. Visant la normalisation des conduites dans le champ par l'affirmation de « micro-pouvoirs », l'expression de la résistance face à la résistance, c'est-à-dire la volonté de régulation du savoir comparatiste, se manifestera par telle décision de tel rédacteur en chef de refuser la publication de tel article, par telle décision de tel directeur de collectif d'exclure tel chercheur de son équipe de collaborateurs ou par telle décision de tel organisateur de colloque de ne pas inviter tel conférencier. Et c'est ainsi que les études juridiques comparatives peuvent légitimement être envisagées en tant que « discipline », le mot signifiant historiquement « châtiment » et « instrument de flagellation » et l'idée de « matrice disciplinaire » venant ainsi heureusement marquer l'interface entre « savoir » et « pouvoir ».

En tout état de cause, la recherche comparative soucieuse de parer à l'anesthésie de l'athéorie et désireuse de se crédibiliser ne saurait intervenir qu'au terme d'une réflexion sur la singularité du juridique orientant le comparatiste et lui permettant, à la lumière de telle ou telle autre expérience du droit et des unités épistémologiques caractéristiques qui y contrôlent l'organisation du savoir juridique, de jauger, toujours audacieusement, l'à-propos des sources potentielles d'information dont il voudrait s'inspirer dans la préparation de sa critique (toute représentation est *critique*…). Pourquoi le comparatiste s'intéressant à la réception du Code civil français en France devrait-il écarter la thèse de V. Hugo – « tout n'est pas dit quand un code a parlé », écrivait notamment le romancier [16] – au profit d'un ouvrage dévolu à la pensée juridique

française du xix$^{e}$ siècle rédigé par un agrégé des facultés de droit ? C'est que la démarcation entre droit et non-droit n'est pas celle qu'on pense au royaume de l'hégémonie positiviste, l'errance par-delà les découpages disciplinaires, livresque ou expérientielle, permettant de tester de nouvelles hypothèses et de déceler des connexions inédites [17]. Soit un tableau du peintre J.-L. David, en date de 1812, qui montre Napoléon dans son bureau rédigeant le Code civil à la chandelle. Soit encore l'allégorie de J.-B. Mauzaisse, exposée en 1833, représentant l'Empereur occupé à graver le code et s'apprêtant à être couronné par le Temps. Voilà des portraits qui agissent à titre d'« intermédiaire culturel » au moins aussi bien que ne saurait le faire l'article 5 du Code civil français [18], car ils décrivent au moins aussi lucidement la relation historique entre le législateur et le juge en France [19]. L'iconographie n'est pas qu'une parure. Grande pourvoyeuse d'enseignements, elle façonne les opinions, crée des stéréotypes et valide des choix. Selon le mot de L. Marin, « [l]e roi n'est vraiment roi, c'est-à-dire monarque, que dans les images » [20]. S'agissant des cas que j'ai retenus, l'iconographie exprime le légalisme qui conditionne la mentalité juridique française et qui fait de la loi, d'après l'expression de P. Legendre, le « [c]entre de gravitation de tout le système de formalisation juridique » [21]. Déjà, l'*Encyclopédie*, autre « intermédiaire culturel » pertinent, affirmait que « les lois sont les nerfs d'une bonne administration » [22]. Puisque « [l]e droit français ne saurait produire ni prendre en compte n'importe quoi, car il est lié à la structure mythique de la vérité nationaliste » [23], il faut bien voir que le comment et le pourquoi de la forme particulière qu'adopte ce droit en tant que variation sur le thème de la tradition juridique romaniste ne trouveront guère leur réponse à la surface des écrits conventionnellement dits « juridiques ».

Bien plutôt, c'est au fond de ces écrits, et parfois très loin, en « l'intense profondeur du mot » *(« la intensa profundidad del verbo »)* [24] mots ou les images ou les pratiques qui leur servent de vitrine, qu'il faut aller chercher les explications/complications des écrits : celles-ci les *hantent*. Et c'est ainsi qu'envers et contre toutes les conjurations ontologiques clôturantes qui voudraient s'en tenir à des lectures dogmatiques du *logos*, J. Derrida revendique une pratique de l'« hantologie » [25], laquelle ne se donne pas pour but de convoquer des formations discursives qui seraient en quelque sorte extérieures à l'écrit, qui participeraient de son environnement – ce qui conduirait à appeler à une contextualisation de l'écrit –, mais bien d'élucider ce qui *en* est, ce qui constitue l'écrit de part en part, tel qu'en lui-même pour ainsi dire, ce qui relève de *Welt* plutôt que d'*Umwelt*. Cette mise au jour de la dimension spectrale du droit, cette imputation d'une visibilité à un invisible qui est là, cette invagination, en ce qu'elle enjoindrait au comparatiste de dénoncer la hiérarchie violente qui, faisant primer la façade, confine les écrits à des éléments simples ne renvoyant qu'à eux, ce « travail de termite » [26], relève de l'« effraction du commentaire » [27]. Pour autant, la présence en le droit même, et comme le constituant, d'une absence par rapport au visible, cette manifestation de l'autre en l'identité elle-même, ne saurait être reçue autrement que comme une invitation à une interprétation active, à « l'affirmation joyeuse du jeu du monde » [28]. Exigeant d'« étudier le texte […] dans sa structure formelle, dans son organisation rhétorique, dans la spécificité et la diversité de ses types textuels, dans ses modèles d'exposition et de production […], dans l'espace aussi de ses mises en scène et dans une syntaxe qui ne soit pas seulement l'articulation de ses signifiés, de ses références à l'être ou à la vérité, mais l'agencement de ses procédés et tout ce qui s'y investit » [29], une telle comparaison s'attarderait à réinscrire l'efficace symbolique en en observant les mécanismes d'articulation avec les effets concrets que produit l'acte de croire chez le juriste, notamment par rapport au sentiment de cohérence qu'il autorise. Cette ré-inscription, puisque intervenant dans la rigueur, appellerait à la dépense des présupposés inconscients, des aperceptions vaguement conscientes, des jugements préréflexifs, des souvenirs et attentes, des homologies cognitives et affectives, des transpositions associatives, des appariements ou synthétisations passifs, des structures narratives implicites, des formes de raisonnement caractéristiques, des cadres de référence rhétoriques, des schémas théoriques typiques, de la terminologie reçue, des re-présentations évocatrices, des évaluations expressives ou des convictions descriptives plus ou moins articulées – peu importe ce qu'elles révèlent de tangentiel par rapport à une vérité postulée [30]. Ainsi la dimension positive du droit ne participerait plus d'un seul donné, mais aussi d'un donnant. Elle relèverait également de ces informations permettant au comparatiste d'entrer dans l'épaisseur signifiante du droit, dans une économie rhizomatique de traces hétérogènes *donnant*, en leur intrication, dans la discontinuité les unes des autres aussi, une signification à ce droit.

Mais force est de reconnaître que la règle continue à accaparer presque tout le champ de la vision comparatiste, de l'agir comparatiste. La comparaison établie ne sait qu'elle, d'un savoir qui n'en est même plus un, d'une connaissance machinale qui tôt se perd dans l'habitude hâtivement fonctionnelle flouée par des certitudes ancrées dans l'immobilité apparente de formes fixes. Car l'habitude fait que le comparatiste ne réalise même plus la violence qu'il fait subir à la règle en la tenant à ses surfaces. Mais qu'en serait-il d'un savoir qui saurait la règle comme ce qu'elle est : sur fond d'absence, d'une absence qui la constitue et seule lui octroie consistance de présent et, lui conférant d'être présente, pour une part infinie aussi la hante ? Quelle autre plus radicale approche serait celle qui intégrerait dans l'épreuve du présent celle du « savoir effarant du *pas su* précisément » [31], qui affirmerait ce savoir-ci ? « Figure porte absence et présence », enseignait Pascal [32]. Comment donc reconnaître, dans le présent même, cette dimension oubliée, plus haute et plus forte que la présence manifeste ? Que le comparatiste ouvre comme une faille dans le présent ne lui suffisant plus et s'engouffre dans la fente. Il n'a son lieu et son temps que là, n'est comparatiste que dans son élan, dans sa fuite de l'*adhésion* ordonnée aux descriptions navrantes qui, *stupéfaction* positiviste obligeant, prétendent se soustraire à la dimension prescriptive. Cette autre approche de la règle admet la fragilité inhérente à la règle comme règle. Elle ne se laisse pas distraire par les prestiges de la règle posée, qui sont immenses. La ruse de la règle posée est d'abord qu'elle nous éblouit. Elle donne le change avec adresse, comme souvent ce qui est menacé. Car la règle est fugace. Comparer, ou se soustraire à ses prises et voir que la face de la règle tournée vers soi dans l'accoutumance n'est qu'un point de départ à infléchir vers la mise en cohérence de la matrice explicative, vers l'engagement au discernement de la singularité. Le dire du comparatiste ne peut donc s'en tenir à la règle comme elle se propose à lui. Son dire, s'il est authentiquement dire, doit montrer un non-entendu encore de la règle. Il doit dire la règle comme présente aussi en son esquive. Il doit dire, en fin de compte, ce qui de soi n'apparaît pas, mais qui n'apparaît pas en ce qui apparaît, l'invisible étant en le visible, l'inconnu en le connu, l'absence en la présence [33]. Ne pas sanctionner une apparence sans plus, mais débusquer l'*aparance* – usage ancien du mot alors autrement écrit qui désignait l'aspect riche, opulent de l'entité [34]. Car le monde (juridique) n'est pour le dire, qu'il le pressente ou non, qu'un invisible qui est. Le monde (juridique) a lieu en l'*aparance*. Le monde (juridique) appelle au dire et nous échappe pourtant. Et le dire du comparatiste ne doit jamais chercher qu'à suspendre cette dérobade. Son dire est braqué sur de l'inconnu en suspens.

Puisqu'aux oreilles de celui qui compare le droit advient comme un dispositif potentiel sur la base duquel le comparatisme, par l'interaction des droits, construit un *comparandum* tendant à la résorption des points d'indétermination de ce schéma virtuel, la valeur heuristique de l'analyse dépendra du répertoire des connaissances du comparatiste sur l'autre culture juridique et de son degré d'attention maïeutique dans l'exploration de cette culture même, ce qui revient à affirmer que la comparaison relève d'une logique de la hantise, c'est-à-dire d'un désir d'échapper aux silences assourdissants niant les récurrences fantomales. Parce que « ça spectre » [35], le comparatiste doit s'astreindre à un travail de re-matérialisation, de re-structuration de la notion de « droit » et, partant, à un redéploiement de l'immanence, soit à un dépassement de ce qui demeure le territoire étriqué de la comparaison des droits, et ce, comme condition inéluctable d'un entendement approfondi du droit produit par une « communauté » juridique et de la manière dont un droit traduit une mentalité indissociable des conditions premières de socialisation du juriste dans une culture juridique qui fait que *celui-ci ne peut jamais penser ce qu'il veut* (l'insurrection intérieure qui autoriserait une « révolution copernicienne » tenant d'un *liberium-arbitrarium* chimérique).

La complexification du *comparandum* (il ne s'agit surtout pas de mettre en avant un « objet » de comparaison additionnel qu'on « ajouterait » aux anciens) s'impose en raison de ce que seul l'entendement *dense* d'un aspect quelconque d'un droit étranger et du croisement de ce droit

avec l'expérience juridique du comparatiste lui-même peut justifier l'entreprise comparative pratiquée dans le milieu universitaire. Étant entendu que le droit ressortit au domaine culturel au même titre que la chanson ou l'architecture, la simple juxtaposition de positivités qui ignorerait les aspects sociaux, économiques ou historiques d'une problématique ne saurait prétendre participer de la *comparaison* des droits dans la mesure où lui ferait défaut presque toute puissance de révélation, et ce, au contraire de l'entendement amplifiant pour lequel il faut militer. Le présent – ainsi le droit positif d'aujourd'hui – ne peut échapper à ses latences et ne peut s'*entendre*, par exemple, que par l'appel fait à un passé relativement lointain dans un contexte où une tradition juridique est envisagée comme une *aire culturelle*. Si, en soi, la règle ne doit donc pas intéresser la comparaison, il n'est pas pour autant question de la chasser du domaine des études juridiques comparatives. Car elle vaut, mais elle ne vaut qu'*obliquement*, en tant qu'elle est un indice porteur d'une forme du connaître, qu'elle véhicule des cadres mentaux inscrits en une culture. Elle vaut comme hiéroglyphe, qu'il est du devoir comme du domaine de la comparaison d'élucider par la force de l'imagination (qui n'est pas que la fantaisie). Ainsi l'analyse comparative a pour mission de se rendre anamnestique en revendiquant une sorte de déhiscence du droit positif. Ceci étant, je n'exige tout de même pas du comparatiste qu'il s'improvise tour à tour, ou qu'il soit jamais uniquement, historien, économiste, sociologue ou quoi encore. Et je n'ignore pas qu'intervenant depuis le champ « juridique », le comparatiste des droits risque de ne pas prendre la pleine mesure des en-jeux et intérêts caractéristiques de tel ou tel autre champ, irréductibles à ceux propres à « son » champ. Aussi l'interdisciplinarité dont on doit se réclamer, c'est « l'interdisciplinarité seulement comme un processus maîtrisé d'emprunts réciproques […] de concepts, de problématiques et de méthodes pour des lectures renouvelées » du droit [36]. Il s'agit donc de savoir *désobéir* et, ainsi, d'accepter de « traverse[r] les frontières des grands féodaux de la critique » [37]. Il y a lieu pour le comparatiste de toujours garder ouverte une porte permettant une communication entre le monde de la technique juridique et les formations discursives en lesquelles s'inscrit cette technique juridique et dont elle est issue. C'est que la technique est sous-tendue par un engagement culturel qui en conditionne les formes et les contenus, si bien que toute archéologie avisée d'un aspect du droit mettra au jour un substrat culturel révélant le rôle joué par la culture dans l'élaboration des hypothèses techniques qui forment le matériau plus ou moins ductile du droit contemporain [38]. Qu'il doive résulter d'une décision de faire intervenir dans l'analyse comparative une pluralité d'approches (anthropologiques, politiques ou autres) tant foisonnement qu'incertitude n'est pas inexact. Mais l'abondance, qui n'a pas à être le désordre, et le doute, qui n'a pas à être l'abandon, paraissent indispensables à une pratique de la comparaison considérée comme démarche d'entendement plutôt que comme quête (illusoire) de vérité positive, une et absolue. Oui. La comparaison exige davantage qu'une simple revue actualisée du droit positif apparemment pertinent, car par lui-même le droit positif n'explique rien, ou si peu, et la lumière qu'il projette est toute d'emprunt. Ce que la *doxa* comparatiste a hautainement relégué au rang du non-droit, c'est-à-dire de l'impensable, de ce qui est là tout en devant être contourné, ne peut plus relever de ce que le comparatiste déprécie, mais doit figurer au titre des matériaux auxquels il a recours. Bien plutôt que le versant caché du droit (soit la limite du pouvoir de l'analyse comparative), le prétendu non-droit doit devenir l'élément qui permet de valider l'analyse juridique en montrant que le droit ne s'engendre tout de même pas en dehors de toute culture, comme s'il s'agissait d'une sorte de parthénogenèse. Malgré une grammaire singulière formulée en termes d'« autorité de la chose jugée », d'« effet relatif du contrat », d'« égalité devant les charges publiques » et tutti quanti, le droit demeure un mélange, un hybride, un *monstre* – ce que le *Robert* définit comme un organisme « composé de la réunion en un seul corps de parties et de membres empruntés à plusieurs êtres » – qui participe de l'historique comme du social, du politique comme du linguistique [39]. Il n'est donc pas excessif d'avancer que la comparaison des droits, dans le déploiement qu'elle opère de ce qui signifie, relève de la tératologie [40].

## Notes

[1] *Dictionnaire des idées reçues*, dans *Œuvres* A. Thibaudet et R. Dumesnil (dir.), II, Gallimard, 1952, p. 1007 [†1913].
[2] V. P. Legrand, dans *U. Toronto L. J.*, 1995, p. 311-362.
[3] Dans *Français juridique et science du droit*, Bruylant, 1995, p. 318.
[4] C. Atias, dans *D.*1995.Chron.272 [c'est moi qui souligne].
[5] P. Jestaz et C. Jamin, dans *D.*1997.Chron.167, p. 172. Ces auteurs parlent de « connivence ». Cf. Legendre, dans *Ornicar ?…* p. 9. : « Le docteur fait partie de la machination des croyances au Pouvoir »
[6] Legendre, *Paroles…*, p. 114.
[7] *Id.*, *L'Empire de la vérité* Fayard, 1983, p. 53[c'est l'auteur qui souligne]
[8] Derrida, *L'Ecriture…*, p. 429.
[9] Derrida, *Politiques…*, p. 176.
[10] P. Legendre, *Jouir du pouvoir*, Éd. de Minuit, 1976, p. 133.
[11] *E.g.*: P. Legrand, *Fragments on Law-As-Culture*, W. E. J. Tjeenk Willink, 1999.
[12] « La hiérarchie des genres […] est une dimension fondamentale de l'espace des possibles » : Bourdieu, *Les Règles…*, p. 132.
[13] Mais v., *e.g.*, P. Kahn, *The Cultural Study of Law* Univ. Chicago Press, 1999 ; L. Rosen, *Law As Culture An Invitation* Princeton up, 2006 ; *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law* A. Sarat et J. Simon (dir.), Duke up, 2003 ; *Adapting Legal Cultures* D. Nelken et J. Feest (dir.), Hart, 2001 ; O. Chase, *Law, Culture, and Ritual* New York, up, 2005 ; T. Ruskola, dans *Michigan L. R.*, 2002, p. 179-234.
[14] Bourdieu, *Les Règles…* p. 279, et 284.
[15] *Quaere* : Pour pouvoir être envisagée, l'hérésie ne doit-elle pas exister à tout le moins à titre *virtuel* dans l'espace des possibles ? Il y aurait ainsi quelque chose comme une « lacune structurale » attendant d'être comblée. V. Bourdieu, *Les Règles…*, p. 327.
[16] *Les Misérables* M. Allem (dir.), Gallimard, 1951, p. 1349[1862]
[17] *Contra* : I. Kant, *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Philonenko, Vrin, 1993, § 68, p. 309[1790] : « Toute science est elle-même un système ; […] on doit […] y travailler […] comme s'il s'agissait d'un édifice existant pour lui-même, et la traiter […] comme un tout en soi »
[18] M. Vovelle, *Idéologies et mentalités*, Gallimard, 1982, p. 177.
[19] *E.g.* : J. Ribner, *Broken Tablets* Univ. California Press, 1993 ; R. Jacob, *Images de la justice* Le Léopard d'Or, 1994 ; Judith Resnik et D. Curtis, *Representing Justice* Yale up, 2001 ; *Law and the Image*, C. Douzinas et Lynda Nead (dir.), Univ. Chicago Press, 1999.
[20] *Le Portrait du roi*, Éd. de Minuit, 1981, p. 12.
[21] *Trésor historique de l'État en France*, Fayard, 1992, p. 397.
[22] *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, IX, S. Faulche, 1765, p. 644.
[23] Legendre, *Jouir…*, p. 72.
[24] B. Gracián, *Art et figures de l'esprit*, trad. B. Pelegrín, Éd. du Seuil, 1983, discours LX, p. 295[1648]
[25] *Spectres…*, p. 31. Il s'agit d'« une quasi-logique du fantôme qu'il faudrait substituer, parce qu'elle est plus forte qu'elle, à une logique ontologique de la présence » : Derrida, *Force de loi…*, p. 68.
[26] Foucault, dans *Dits et écrits…*, I, p. 688[1968]
[27] Derrida, *L'Ecriture…* p. 290, n° 1. V. par exemple P. Legrand, dans *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2011, p. 595-629.
[28] *Id.*, p. 427.

[29] *Id., Marges…*, p. 348-349.
[30] Il ne convient pas d'exclure les inclinations personnelles. Assurément, le juriste est une présence qui s'affirme (même en l'empire des montages institués du romano-christianisme laïcisé). Mais le désir de distinction, pour autant qu'il se manifeste, demeure contraint, notamment par l'activité d'écriture, car la pulsion qui veut faire avaliser l'écrit doit passer par une réconciliation sanctifiante de celui-ci avec la culture sans égard à l'intensité de l'inhibition subie. En quelque sorte, « [l]'écart est alors pris en charge par une convention anonyme » : J. Starobinski,*La Relation critique* 2e éd., Gallimard, 2001, p. 83.. Ce phénomène n'empêche pas qu'« une oreille fine [sache] discerner la façon toute personnelle dont chaque voix applique les règles d'une *élocution* imposée » : *Ibid.* [c'est l'auteur qui souligne]
[31] Legendre, *Paroles…* p. 19[c'est l'auteur qui souligne]
[32] *Pensées* P. Sellier (dir.), Bordas, 1991, fragment 296, p. 277[†1670]
[33] Cf. M. Merleau-Ponty,*Le Visible et l'invisible*, dans *Œuvres* C. Lefort (dir.), Gallimard, 2010, p. 1778[†1964], qui précise que nous avons affaire à un monde qui n'est ni entièrement visible ni entièrement invisible. Au lieu d'une ségrégation des deux ordres, il y a ambiguïté, c'est-à-dire passage de l'un à l'autre, mouvement, entrecroisement, « réversibilité » aussi
[34] *Trésor de la langue française* P. Imbs (dir.), III, Éd. du cnrs, 1974, *v°* « apparence »
[35] L'allemand écrit *« Es spukt »*. V. Derrida, *Spectres…*, p. 272.
[36] B. Lepetit, dans *Revue de synthèse*, 1990, p. 338.
[37] V. Gayatri Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason* Harvard up, 1999, p. xiii. La citation est de B. Latour,*Nous n'avons jamais été modernes*, La Découverte, 1991, p. 14.
[38] *E.g.* : Annelise Riles, dans *Buffalo L. R.* 2005, p. 973-1033 ; D. Kennedy, dans *Euro. R. Private L*, 2002, p. 7-28.
[39] Cf. l'idée de « fait social total » chez M. Mauss, *Essai sur le don*, dans *Sociologie…* p. 274-275[1925]
[40] V. généralement P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », dans *Comparer les droits, résolument*, P. Legrand (dir.), puf, 2009, p. 209-244.

# Chapitre III

# *Entendre* l’altérité

Il s’agit ainsi de sens, de *jus significans*, ce qui n’a pas lieu de surprendre, puisque le comparatiste est là non pas simplement pour décrire, approche qui prétendrait le confiner à l’observation et à l’enregistrement d’informations, mais bien en tant qu’*être-d’entendement* toujours déjà au monde à l’appel duquel il est ouvert – notion qui veut marquer la distinction de l’être kantien doté d’une capacité de comprendre un monde qui lui serait extérieur [1]. C’est ce qui fait dire à P. Ricœur que *« [l]e choix pour le sens est […] la présupposition la plus générale de toute herméneutique »* [2]. Chaque tentative d’entendement d’un texte vise ainsi un *sens* de ce texte [3], la notion de « texte » devant elle-même être entendue étymologiquement (plutôt que de la manière étroite qui prévaut chez les juristes). C’est que le texte « ne s’épuise pas dans la culture de l’écrit et du livre » [4]. Le texte, c’est « ce qui est tramé, tissé » [5]. La notion renvoie donc à « tout ouvrage dont les matériaux s’entrecroisent ou s’enchevêtrent » [6], par exemple une pratique ou une sculpture. *« Il n'y a pas de hors-texte »* [7]. Et le sens du texte vise non pas quelque chose qui serait « dans » le texte, mais bien ce qui est *en* le texte ou *au* texte (puisqu’il est question de dévoiler les traces de spectres venus d’un ailleurs qui n’en est pas un car se mouvant au cœur même de l’intimité palpitante de l’écrit en tant que tissu de différences plurielles non solubles dans l’apaisement d’une unité [8], ne conviendrait-il pas d’évoquer une *entextualisation* ou une *autextualisation* ?) [9].

L’intervention comparative répond à une recherche du comparatiste à l’affût d’un sens à donner à son itinéraire professionnel non seulement par rapport à la culture juridique locale (cf. *supra*), mais eu égard au champ des études juridiques comparatives dans lequel il choisit de s’inscrire, où il se situe relativement à ses prédécesseurs, aux recherches que ceux-ci ont menées et aux enseignements qu’ils ont préconisés ; où il s’affirme au moyen de publications dans des revues reconnues ; où il se valorise par des participations aux congrès organisés par les sociétés « savantes » établies ; et où, au vu de ce trafic d’écrits et de dits, d’une acculturation jugée adéquate, il fait l’objet d’une « sanction » par des comparatistes qui, bon gré mal gré, lui confèrent la « qualité » de comparatiste (il ne ne suffit quand même pas de se « déclarer » comparatiste pour être considéré tel) [10]. Mais la pratique comparative est en outre profondément ancrée dans une problématique « individuelle » qui conditionne toutes les phases de la démarche et dont l’archéologie conduit au-delà de la première comparaison effectuée. Autrement dit, on est rarement comparatiste par accident, et l’intérêt pour l’altérité participe bien souvent d’une revendication identitaire se manifestant sur un plan éminemment « personnel » [11]. Tel universitaire, inspiré par l’envergure culturelle de la tante pérégrine, aura voulu partir, aller ailleurs, fréquenter l’autre chez lui, pour créer là-bas, peut-être, l’espace de *vie* que la tyrannie paternelle philistine lui avait interdit à la maison au point où l’idée même d’un « chez-soi » s’y était trouvée niée. Sauf à penser que cette violence (et les lésions psychiques par elle suscitées) aurait pu n’avoir aucun impact que ce soit sur les « choix » effectués par la suite – thèse, à proprement parler, insoutenable –, il faut constater que « c’est donc bien la conclusion d’un ensemble de traumatismes initiaux qui est à la source de la quête, ce jaillissement d’un mouvement provoqué par un vide, un manque-à-être » [12]. Soulever la question de la valeur heuristique du traumatisme, montrer que les problématiques comparatives entendent contribuer à résoudre les problèmes de celui qui les pose, c’est déjà évoquer l’herméneutique.

S’il s’agissait de tenter de circonscrire au moyen de quelques mots cette logique interprétative en ce qu’elle se révèle pertinente à une pensée de la comparaison, il faudrait mentionner que l’herméneutique poursuit au moins une double ambition, soit de favoriser une interprétation qui dépasse les descriptions insignifiantes du droit et d’ériger l’individu en condition primordiale du rapport interprétatif comparatiste/*comparandum* (selon la formule de H.-G. Gadamer, *« le problème herméneutique […] prend manifestement ses distances par rapport à tout savoir “pur”, détaché de l’être »* [13]. Quant au premier objectif, nous savons qu’il convient pour le comparatiste de procéder à une mise en lumière phénoménologique des textes qu’il est appelé à déchiffrer, c’est-à-dire de montrer ce qui ne se montre pas, mais exige d’être révélé (ou porté à la phénoménalité), puisque permettant d’entendre ce qui se montre. L’herméneutique exige ainsi du comparatiste qu’il scrute le fond des textes d’un regard qui doit s’arracher à la surface des mots, images ou pratiques qui lui sont proposés afin de se rediriger vers les formations discursives qui animent ce qui a été exprimé. Elle demande, donc, une reconduction du regard, un passage du *logos* à l’*ethos* en lequel le *logos* est enchâssé en tant que *logos*-au-monde et qui rend le *logos* possible, ce qui implique de changer la vision qu’on a de la vision comparatiste afin de ne plus raturer la facticité qui *hante* le droit posé, c’est-à-dire de ne plus effacer le fait de formations discursives toujours déjà là, soit revenantes [14], en cet espace et en ce temps, constitutives de ce qu’on pourrait appeler l’« être » du droit posé. À un examen de ce droit posé, il convient ainsi de substituer une recherche portant sur le droit-au-monde. Contrairement à ce qu’on croit, la comparaison est dès lors, au premier chef, préoccupée d’inapparence – ou d’*aparance* (cf. *supra*) – en ce qu’elle vise ce qui se trouve dissimulé ou refoulé en regard de ce qui apparaît, mais qui n’en appartient pas moins de manière capitale à ce qui apparaît car le dotant de sens [15].

Se réclamant d’une philosophie herméneutique, M. Heidegger en appelle à une « herméneutique de la facticité » [16], soit à l’élucidation de « l’*historique* dans son *individualité* » (« *das*Historische*in seiner*Individualität » [17]). L’entendement du droit posé ou l’attribution de sens au droit posé doit ainsi passer par la « facticité » en laquelle est inscrit ce droit. Une herméneutique de la facticité se présente donc légitimement comme une « voie d’accès » *(« Zugehe[n] »)* à la facticité du droit, une « explication » *(« Expliziere[n] »)* de celle-ci [18]. Or même si le travail herméneutique – qui se distingue en cela de modalités exégétiques d’interprétation – prône précisément le dépliement, au moyen d’une interprétation déployante, de ce qui a été dissimulé, le sens que recèle le texte à partir du moment où l’on entreprend d’interroger ses formations discursives constitutives relève du trop-plein et, partant, outrepasse toujours la conscience égologique : « On est dans une situation, on se trouve toujours impliqué dans une situation que l’on ne pourra jamais entièrement tirer au clair » [19]. Affirmer qu’aucun entendement ne peut prétendre maîtriser l’entièreté de ce qu’il vise, l’insaturabilité ou l’inépuisement du sens étant inscrit tant dans la structure que dans l’événement du texte (« la chose même se dérobe toujours » [20]), c’est dire en quelque sorte que la facticité se fait, pour partie en tout cas, sa propre herméneutique. Par-delà l’herméneutique de la facticité selon le génitif « objectif » (c’est-à-dire l’herméneutique qui vise à expliquer la facticité), il y a ainsi l’herméneutique de la facticité d’après le génitif « subjectif » (c’est-à-dire l’herméneutique produite par la facticité). L’idée d’une comparaison dont disposerait la pensée du comparatiste, qui lui permettrait de faire ce qu’il veut (et, par exemple, d’élucider une totalité de sens), est ainsi réfutée d’emblée.

Mais l’herméneutique nous apprend qu’il y a une autre raison encore pour laquelle « ce qui est visé » ne peut pas exactement se rapporter au « visé ». Ainsi le comparatiste « viseur » ne contrôle jamais tout à fait ce qu’il compare non seulement parce que les textes regorgent de sens, mais bien parce que ce dépliage, ce « décapage » [21], qu’il effectue intervient dans la finitude, notamment linguistique (la comparaison est inséparable d’une expérience du langage). Il est le fait d’un individu situé, conscient d’être affecté par sa situation (sans être pourtant conscient du contenu de cette affectation), qui dépend, pour son entendement, de l’*horizon* de sens dans lequel cet entendement s’inscrit. L’horizon de sens – qui, selon la lecture que j’en propose, correspond, dans le champ des études juridiques comparatives, à l’idée de « culture » et recoupe

donc des phénomènes tels la langue, la tradition et l'institutionnalisation [22] – oriente ce que le comparatiste peut voir et, au surplus, ce qu'il peut dire de ce qu'il voit. Projeté dans un horizon de sens qui toujours déjà le précède, qui est « là », projeté dans le « là » auquel il ne peut se soustraire et qu'il ne peut jamais finir d'interpréter (c'est l'idée heideggérienne de *« Geworfenheit »* ou « jectité » [23] ), projeté dans une situation où, parce qu'elle le dépasse, il ne peut jamais finir de s'interpréter [24], le comparatiste s'avise de tout entendement en tant qu'individu inscrit dans une « structure de préalable » *(« Vorstruktur »)* [25], redevable de l'histoire dans les effets de laquelle il existe, tributaire de l'*œuvrer* de l'histoire [26], du travail de l'histoire *(« Wirkungsgeschichte »)* [27]. Qualifiant l'entendre du comparatiste, il y a le « pré-entendement » *(« Vorverständnis »)* [28] ce à quoi H.-G. Gadamer renvoie sous le nom de « préjugé » (au sens de *« Vorurteil »*) [29]. Inéliminable, car entendre, « *c'est* être mû par certaines anticipations » [30], le pré-entendement doit du moins accéder à la conscience – autre injonction herméneutique – afin de permettre au comparatiste, dès lors éveillé [31], de « se mettre à l'écoute de la prétention du texte » *(« [den] Anspruch [des Textes] zu hören »)* [32], c'est-à-dire de chercher, philologiquement pour ainsi dire, à s'élaborer un entendement à partir des textes. S'inscrivant dans une logique de réhabilitation du préjugé, cherchant à extraire celui-ci du discrédit dans lequel l'ont plongé les Lumières, H.-G. Gadamer affirme qu'il ne faut pas voir dans le pré-entendement un obstacle à l'entendement, mais bien une condition de celui-ci [33]. Ainsi l'on ne peut entendre les *« ready-mades »* de M. Duchamp comme objets d'art que parce qu'on appartient à une culture qui se fait une idée de ce qu'est l'art comme de ce qu'il peut être et qui permet de théoriser tel ou tel travail.

La déperdition de soi étant vouée à l'échec, le comparatiste doit être destitué du rôle transcendantal que lui aurait assigné Descartes (comme d'ailleurs Husserl qui, malgré la place qu'il fait à l'autorité des choses dans la constitution de l'expérience humaine, préserve une théorie du sujet somme toute souverain, autonome et spectateur). Telles prédispositions et pas telles autres, telles interrogations et pas telles autres, tels lieux de recherche et pas tels autres, tels documents et pas tels autres, telles lectures et pas telles autres, telles résolutions et pas telles autres, telles représentations et pas telles autres, tels mots et pas tels autres, telles références et pas telles autres : chaque acte de connaissance, chaque micro-démarche, chaque « micro-décision » illustre comment la jectité à laquelle est assujetti le comparatiste l'a toujours déjà situé dans une gamme finie de possibilités interprétatives *(« in bestimmte Möglichkeiten »* [34] *)*, comment il y a toujours projection du « soi » comparatiste dans le *comparandum*, comment le comparatiste « en est » – R. Bultmann parle d'« entendement participant » *(« teilnehmende[s] Verstehen »)* [35] – et comment, le comparatiste étant en la comparaison, il n'est donc de séparation comparatiste/*comparandum* qu'arrangée (au mieux, le comparatiste se distinguant *d'avec* le *comparandum*). Dans une lettre, M. Heidegger explique ainsi qu'« [il] travaille concrètement et facticement à partir de [s]on "je suis" – de [s]on origine spirituelle et en particulier facticale – [de son] milieu – [de sa] vie dans son ensemble *(« Lebenszusammenhängen »)*, de ce qui, à partir de là, [lui] est accessible en tant qu'expérience vivante, de ce dans quoi [il] vi[t] » [36]. Il ne s'agit pas ici de nier l'individu et sa marge de recomposition créatrice qui s'invente contre toute détermination, mais d'inscrire sa dépendance.

Comment compenser la partialité de l'entendement comparatiste ? Comment moduler l'aliénation de soi qu'il faudrait camoufler ? Comment contenir ce qui relève du transfert, c'est-à-dire de la répétition actualisée vis-à-vis le *comparandum* de la constitution culturelle du comparatiste ? Comment effectuer le contre-transfert ? La méthode… ! Il faut en appeler à la méthode. Soyons fonctionnalistes, écartons les préjugés et restons objectifs [37] ! Favorisons donc la connaissance que la surface du texte – le texte en sa dimension visible – suggère comme étant immédiatement disponible, en face du comparatiste, indépendamment de lui, susceptible de résultats exacts et vérifiables. Pénétrons ce texte *méthodiquement*. Emparons-nous des droits et soumettons-en la disparité foncière à quelque assomption unifiante en forme de *méthode*. Certes, la comparaison ressort à une heuristique plutôt qu'à une méthode [38], mais même si, *concessio non dato*, elle devait relever de cette dernière, variation sur le thème de la *« tekhnê »* (« τέλυη ») aristotélienne, celle-ci ferait intervenir le contre-contre-transfert [39]. La méthode, c'est « le chemin après qu'on l'a parcouru » [40]. *Incarnée*, la méthode ne dissout pas l'appartenance à la culture ; la culture n'est pas soluble dans la méthode [41]. Toute méthode est située, ce qui conduit H.-G. Gadamer à insister sur la nécessité de dissocier « méthode » (telle qu'envisagée par ceux qui s'en réclament) et « herméneutique » [42].

Au lieu de la méthode – « [p]oint de méthode » [43], écrit J. Derrida – l'herméneutique retient un mode d'interprétation réfractaire aux règles, catégories et modèles, c'est-à-dire aux idées d'ordre et de totalité. Il s'agit de la *phronésis* (« φρόνησις »), notion que H.-G. Gadamer emprunte à Aristote (tout en n'hésitant pas à la façonner à sa guise) et qu'il propose dans son indétermination intrinsèque comme une manière d'être interprète, soit comme une réponse à la singularité ou à l'irréductibilité d'une situation (même complexe), à l'appel de la situation même [44]. Au lieu des stratégies réglées de la méthode, de la programmabilité et de la déterminabilité (qui, elles, sont irresponsables, car ne *répondant* pas à *la* situation dans son illéité), l'interprète-en-tant-que-*phronémos* s'inscrit dans une démarche rhétorique intervenant sur fond de contingence, où les textes se présentent à lui dans une situation momentanée et requièrent une réponse idoine, où il « [est] conscient à la fois de l'obligation d'agir et de la pénurie de norme dans une situation finie » [45]. La rhétorique offre sa propre rationalité, laquelle participe notamment du discernement *(« Einsicht »)* et de l'indulgence *(« Nachsicht »)* [46], aussi de la délibération intérieure *(« Mitsichzurategehen »)* [47], qui, venant relever les failles de la raison méthodique, tient d'une éthique : « Celui qui a du discernement est prêt à faire droit à la situation particulière de l'autre » [48]. On retrouve ici l'idée capitale d'une comparaison acoustique, accordée à l'entité qu'elle est à entendre. L'interprète doit « référer le texte à [la situation herméneutique concrète dans laquelle ce texte se trouve] si tant est qu'il veuille accéder à l'entendement » [49][. Tout entendement étant situationnel, un entendement se fait à chaque fois différent et diffère chaque fois des autres entendements : *« Si jamais l'on entend, on entend autrement »* [50]. L'entendement évoque dès lors l'événement, c'est-à-dire une expérience qui, ne relevant tout de même pas d'« instants d'immersion appréciative et d'empathie artificielle forcées » [51], se manifeste au comparatiste à telle enseigne que celui-ci n'arrivera pas à expliciter ce qui lui arrive. L'entendement a donc à voir avec ce qui lui tombe dessus, au comparatiste, c'est-à-dire à ce qu'il n'attendait pas, à ce qu'il ne pouvait pas attendre, à ce qu'aucune méthode au monde n'aurait pu laisser prévoir [52]. Ainsi l'entendement est-il tributaire de ce qui advient, d'un « à-venir ». C'est ce que précise H.-G. Gadamer dans son argument à l'encontre du régime propositionnel de la méthode : « La dialectique de l'expérience trouve son achèvement propre non dans la clôture d'un savoir, mais dans l'ouverture à l'expérience que libère l'expérience elle-même » [53]. À la pensée méthodique doit se substituer une pensée *diagnostique*, soit « tranchante » et « différentielle » ou « individuée » [54], soucieuse et critique, laquelle ne peut être qu'une pensée du va-et-vient, une pensée *lente*, lente à s'ériger, d'abord, puis lente à jaillir en tant qu'entendement, ensuite – de la *« slow-comp. »*. Cela dit, le comparatiste n'est pas engagé dans un simple exercice d'égologie, car la visée de sens ne se réduit pas à la visée de soi : elle est visée hors de soi. Ainsi le comparatiste est-il impliqué dans une co-constitution de sens. Il n'est pas titulaire d'un pouvoir créateur de sens *ex nihilo*, puisqu'il y a le texte. Mais il confère un sens au texte tout en permettant à ce texte d'« agir » sur lui, c'est-à-dire de l'interpeller et peut-être de le transformer. Il y a donc l'entendement du texte (le comparatiste qui entend le texte) et l'entendement du texte (le texte qui effectue son entendement, qui fait « s'y entendre » le comparatiste) [55].

Si les avancées de la philosophie herméneutique paraissent indéniables, notamment en ce que, réhabilitant l'humanisme mis à mal par l'idéal de scientificité méthodique/neutralité axiologique transposé des sciences dites « exactes », cette pensée contribue à détrôner le « je » transcendantal par l'insistance sur la situation antéprédicative de l'être humain et sur la faillibilité de celui-ci, d'une part, comme sur le fait que le « je » n'est tout de même pas source de jaillissement si déterminante que l'extériorité par lui accueillie ne viendrait en rien borner son cadre interprétatif (que le comparatiste ne serait aucunement restreint par la matière première juridique ou par l'effectivité du droit étranger), d'autre part, bref, si l'herméneutique autorise à dépasser l'opposition classique et, en fin de compte, délétère entre subjectivisme et objectivisme [56], elle-même rémanence du vieux conflit, toujours en train de se défaire et de se refaire, entre métaphysique spiritualiste et matérialisme ; si, donc,

la notion de « jectité » permet d'aller au-delà des discours vaticinants organisés autour de la dynamique « structuralisme constructiviste *vs* constructivisme structuraliste » (*e.g.*, la langue façonne l'individu *vs* l'individu façonne la langue) [57] ; si, dès lors, la contribution des principaux artisans du projet herméneutique au débat d'idées peut être légitimement dite considérable – je songe au premier chef à M. Heidegger, artisan du virage herméneutique, et à H.-G. Gadamer, explorateur de la fécondité des intuitions heideggériennes dans leur application à l'entendement des textes –, il n'en reste pas moins que les comparatistes voudront se séparer d'un certain nombre d'idées et de notions qui se révèlent centrales au projet herméneutique. Quoique présenté comme l'« herméneute anarchiste » [58], H.-G. Gadamer n'a pas mené à bout sa réfutation de la *doxa*. Envisageons certains aspects tout particulièrement contestables de la théorie gadamérienne et voyons comment J. Derrida vient opportunément prendre le relais de l'herméneutique « néo-romantique » et radicaliser celle-ci en y substituant, selon une réflexion riche d'enseignements pour la comparaison des droits, une démarche hérétique qu'on pourrait qualifier d'« interprétation déconstructrice » [59]. La pensée derridienne se réclame, elle aussi, de M. Heidegger, quoique le contestant beaucoup [60]. Quand J. Derrida revendique une « hantologie » (cf. *supra*), il ne dit guère autre chose que M. Heidegger écrivant que *« [l]'ontologie n'est possible que comme phénoménologie »* [61]. Déjà, M. Heidegger avait fait le lien entre « herméneutique » et « destruction ». Non seulement celui-ci parle-t-il d'une herméneutique d'« attaque » *(« Einsat[z] »)* [62], mais il écrit que « [l]'herméneutique phénoménologique de la facticité se voit assignée comme tâche […] de défaire l'interprétation reçue et dominante et d'en dégager les motifs cachés, les tendances et les voies implicites, et de pénétrer, à la faveur d'un retour déconstructeur *(« abbauenden Rückgang »)*, aux sources qui ont servi de motif à l'explicitation. L'herméneutique n'accomplit donc sa tâche que par l'entremise de la destruction *(« auf dem Wege der Destruktion »* [63]*)*. Mais M. Heidegger précise que « destruction » veut dire « non pas anéantir » *(« nicht Zerstören »)*, mais « ouvrir, libérer notre oreille » *(« unser Ohr öffnen, freimachen »* [64]*)*. Ce qui n'est pas sans rappeler la philosophie de S. Kierkegaard. Liant la « promptitude à écouter » à la « lenteur à parler », celui-ci enjoint ainsi l'interprète : « Hâte-toi, oh ! hâte-toi d'écouter » [65]. Pour S. Kierkegaard, « [t]out aboutit à l'oreille » [66]. Mais tournons-nous vers J. Derrida.

Premièrement, J. Derrida rejette la présupposition d'un sens disponible. Selon lui, ce que signifie un texte est foncièrement tributaire de l'ambiguïté grammaticale, de l'instabilité syntaxique et de l'indécidabilité sémantique. D'après J. Derrida, « [l]'écriture se lit, elle ne donne pas lieu, "en dernière instance", à un déchiffrement herméneutique, au décryptage d'un sens ou d'une vérité » [67]. Cette formule ne veut toutefois pas dire l'absence de sens, mais bien le caractère pléthorique du sens. Incohérences, discontinuités et tensions constituent, selon J. Derrida, la facture même d'un texte : « L'univocité absolue n'aurait elle-même d'autre conséquence que de stériliser ou de paralyser l'histoire dans l'indigence d'une itération indéfinie » [68]. Ainsi J. Derrida entend subvertir la tradition de l'intérieur (il assimile la déconstruction à un « virus » [69]). Il veut « perforer cet horizon ou ce voile herméneutique, éconduire tous les Schleiermacher, tous les faiseurs de voile » [70]. Il stigmatise, dès lors, « la structure coloniale de toute culture », sa « terreur », qu'elle soit « douce, discrète ou criante » [71]. Critiquant les formes idéologiques de communication en tant qu'elles se font vectrices d'inertie sociale, il présente la déconstruction comme « une expérience de l'appropriation de la tradition » [72].

Deuxièmement, J. Derrida soutient que l'« échange » fondé sur la question n'est qu'illusoirement ouvert. M. Heidegger rappelle d'ailleurs à juste titre que la question « ne regarde qu'à la réponse et qu'au fait que celle-ci lui soit fournie » [73]. Il s'agit, comme l'écrit J. Derrida, d'« une enquête abusive qui introduit préalablement ce qu'elle veut trouver et fait violence à la physiologie propre d'une pensée » [74]. Le comparatiste responsable ne serait donc pas celui qui formule une *« Ausgangsfrage »* [75], mais bien celui qui répond à l'autre, la manière fondamentale d'être ouvert à l'autre étant de ne pas faire la sourde oreille à son endroit, de lui être attentif, de se tendre vers lui, de s'appliquer à l'entendre. La comparaison des droits participerait ainsi de l'« otologie », c'est-à-dire d'un « discours de l'oreille » [76].

Troisièmement, J. Derrida, quoique insistant sur la fidélité aux textes (« [la lecture] ne peut légitimement transgresser le texte vers autre chose que lui » [77] ), fait trois constats : hors d'atteinte et inappropriable, le « réel » (et, notamment, le « réel » d'un texte) est, à la limite, immontrable « comme tel » ou « tel qu'en lui-même » [78] ; « puisque les mots et le langage en général ne sont et ne peuvent jamais être des *objets* absolus », « l'équivocité est en fait toujours irréductible » [79] ; et il est dans tout texte des « hiérarchie[s] violente[s] » en vertu desquelles certains termes du texte en subordonnent d'autres soit axiologiquement, soit logiquement [80]. C'est ainsi que la déconstruction exige notamment de défaire et mettre au jour les montages institués à la suite de décisions et d'exclusions. Ce faisant, sous peine de devenir une *Methodik*, la déconstruction évite toute stratégie de déchiffrement aux relents métaphysiques qui consisterait à percevoir « un » sens derrière les signes. Interprétant autrement et depuis une pensée de l'altérité, acceptant que la plénitude de sens souhaitée n'est pas possible, J. Derrida, libéré de l'idée contraignante et exclusive de « vérité », acquiesce au jeu des masques et des perspectives. Voulant laisser les entendements ouverts, il concède une marge de liberté à l'interprète et aux hypothèses dont celui-ci hypothéquera les textes, *et dont il devra répondre* : « La déconstruction est inventive ou elle n'est pas » [81]. C'est dire que ce que gagne le comparatiste par un meilleur entendement du droit étranger, ce n'est pas un meilleur entendement du droit en soi (car il n'y a jamais que le droit qui lui apparaît après avoir été travaillé par ses schèmes de pensée, le droit comme un genre de *fictum*) [82], mais de sa propre conception de ce droit. Le comparatiste affine « son » entendement. Or il ne peut accomplir que cela.

Quatrièmement, J. Derrida critique la notion gadamérienne toute consensuelle, apaisée, hégélienne [83], de « fusion des horizons » *(« Horizontverschmelzung »)* – laquelle intervient même si l'autre est remarquablement différent [84]. La différenciation des horizons et l'ouverture aux prétentions de l'autre ne seraient qu'une phase transitoire destinée à se « relever » dans une fusion ou un consensus. Or, selon J. Derrida, « nous ne pouvons – ni ne *devons* – exclure, quand quelqu'un parle, en privé ou en public, quand il enseigne, publie, prêche, ordonne, promet ou prophétise, informe ou communique, que quelque force en lui s'efforce aussi de *ne pas* être compris, approuvé, accepté dans le consensus » [85]. S'appuyant sur une conception de l'interaction qui n'est pas sans rappeler la formule de Beckett selon lequel « leur manière d'être nous n'est pas la nôtre et notre manière d'être eux n'est pas la leur » [86], J. Derrida propose de remplacer la notion même de « dialogue » (qui suppose que les deux interlocuteurs parlent la même langue) par celle de « négociation » : la langue qu'on entend, c'est toujours une autre langue [87]. La mêmeté entre l'interprète et ce qui est interprété n'est pas envisageable : il n'y a que l'*itérabilité* (même ce qui est répété n'est jamais le même) et la *différance* (même ce qui signifie n'a jamais de sens fixé ou fixable), notions idiosyncratiques qui permettent à J. Derrida de s'ouvrir à l'idée de singularité du texte (ou du *comparandum*, par exemple), à celle d'étrangeté aussi, c'est-à-dire à la décolonisation de la différence accaparée et assimilée coercitivement au même. Alors que H.-G. Gadamer cherche au fond à éliminer tout ce qui a trait à la particularité ou à la spécificité, donc à la différence – d'après lui, « s'il doit être compris adéquatement *(« angemessen »)* », soit selon son « véritable sens » *(« wirkliche Sinn »)* [88] « tout ce qu'il y a d'aliénant dans un texte, tout ce qui rend le texte inintelligible, doit être surmonté et dès lors annulé par l'interprète » [89] –, la déconstruction réfute la procédure normalisatrice organisant un unique *logos* de la communication et préserve l'idée de conversation [90]. J. Derrida ne croit pas à cette compréhension fusionnelle dont se réclame H.-G. Gadamer, à cette domination du sens sur l'énigmaticité ; il ne souscrit pas à l'échange défini et fini, au *« Mitsein »*, à l'*accord* [91]. L'indécidabilité, et avec elle l'altérité, *demeure*. Au beau milieu de la « polytonalité immaîtrisable, [des] greffes, intrusions, parasitages » [92], « [m]ille possibilités resteront toujours ouvertes » [93]. Paradoxalement, c'est cette herméneutique de résistance à l'univocité du sens – cette herméneutique de la polyphonie, de l'hétéroglossie, de la « destinerrance » [94] – qui a notamment pour effet de contribuer à conférer à la déconstruction sa valence affirmative en ce que, allant vers l'avant, elle vient *affirmer* « la possibilité, pour l'autre ton ou le ton d'un autre, de venir à n'importe quel moment interrompre une musique familière » [95]. Il n'est pas incongru, par exemple, de soutenir que l'entendement du comparatiste anglais portant sur le droit français a l'avantage d'une

certaine distanciation historique et géographique – quelque chose comme une *« Verfremdung »* brechtienne – par rapport à la situation originaire. Ainsi cet entendement n'a pas à être prisonnier de l'aspiration à l'unité parfaite du sens textuel qui anime la « communauté » interprétative française. Il n'a pas non plus à être la dupe de l'idéologie qui aspire à dissimuler le discours sur le droit et son lot de contingences culturelles sous la nécessité d'un processus soi-disant transcendantal (et donc impersonnel). L'entendement n'est donc pas que reproductif et se fait aussi *productif* de sens. La déconstruction, geste de confiance hétéronomique, c'est *« plus d'une langue »* [96].

Cinquièmement, alors que H.-G. Gadamer écrit que « [r]econnaître dans l'étranger ce qui nous est propre et réussir à l'habiter […] est le mouvement fondamental de l'esprit » [97], c'est précisément cette projection du soi dans l'autre – laquelle fait que la connaissance de l'autre constitue une voie pour en arriver à une connaissance approfondie de soi – que réfute J. Derrida, pour lequel telle volonté hégélienne d'appropriation, telle violence infligée à l'autre, reste inadmissible. Selon J. Derrida, je n'entends pas l'autre lorsque je le comprends, car « la volonté de comprendre [contraint] l'autre à se plier, à se conformer aux schèmes de pensée que je lui impose et qui passent, par le fait même, à côté de *sa* spécificité » [98]. Puisque la compréhension est toujours, malgré elle, structurellement pour ainsi dire, prisonnière de schèmes et de signes, « comprendre », c'est intégrer l'autre *nolens volens* dans son système [99]. Aussi faut-il rejeter l'herméneutique en tant qu'entreprise de « totalisation interprétative » [100]. J. Derrida se demande ainsi dans quelle mesure le *Verstehen* doit relever non pas de la continuité du rapport de médiation, mais bien de l'*interruption* de ce rapport [101], et ce, en tant que « condition […] de l'enten[dement] » [102]. Pour J. Derrida, la thèse gadamérienne de la « compréhension » et sa propre stratégie de la « non-compréhension » (je dirais : de la *disrelation*) sont « absolument inconciliables » [103]. Or il convient de faire valoir une éthique de l'altérité qui, au nom de la reconnaissance et du respect, commande d'accorder à l'autre ce qui lui revient, ce qui lui est dû parce que cela lui appartient en tant que cela appartient à son être même, notamment sa voix. La déconstruction se fait ici pensée de l'affirmation en ce qu'elle affirme l'autre, d'une part, et en ce qu'elle affirme l'interprète en tant qu'affirmant l'autre, d'autre part. C'est que « rien d'essentiel ne sera fait si l'on ne se laisse pas convoquer […] par l'autre » [104].

## Notes

[1] V. M. Heidegger, *Être et temps*, § 31, trad. F. Vezin, Gallimard, 1986, p. 187 ; trad. E. Martineau, h.-c., 1985, p. 126[1927]
[2] *Du texte à l'action* Éd. du Seuil, 1986, p. 55-56[c'est l'auteur qui souligne]
[3] *Id.*, p. 55.
[4] P. Legendre, *De la société comme texte*, Fayard, 2001, p. 10.
[5] *Dictionnaire historique de la langue française* 2e éd., A. Rey (dir.), Le Robert, 2010, *v°* « texte »
[6] Legendre, *De la société…*, p. 180.
[7] J. Derrida, *De la grammatologie* Éd. de Minuit, 1967, p. 227[c'est l'auteur qui souligne]
[8] V. Levinas, *Le Temps…*, p. 20.
[9] Il est question de ce qui « en » est plutôt que de ce qui « y » est. À partir du moment où il n'y a pas d'extériorité du texte, on ne saurait non plus parler d'intériorité. Un texte n'a pas de « bord » : J. Derrida,*Parages* 2e éd., Galilée, 2003, p. 118-119[1979]. Il n'y a donc pas lieu de traiter de ce qui est « dans » le texte. Quand il s'agit de ce qui est « au » texte, il faut entendre une relation du style « Pierre est au tableau » et non pas l'idée que véhicule l'expression « pain au lait » (c'est-à-dire qu'il y a du lait dans le pain)
[10] Sur le champ et sa dynamique, v. P. Bourdieu, *Science de la science et réflexivité*, Raisons d'agir, 2000.
[11] Cf. J. Derrida,*Le Monolinguisme de l'autre* Galilée, 1996, p. 53. : « Une identité n'est jamais donnée, reçue ou atteinte ; non, seul s'endure le processus interminable, indéfiniment phantasmatique, de l'identification »
[12] Sophie Caratini,*Les Non-dits de l'anthropologie* puf, 2004, p. 64, V. G. Groddeck, *Le Livre du ça* trad. L. Jumel, Gallimard, 1963, [1923] ; A. Tellier, *Expériences traumatiques et écriture* Économica, 1998, V. de Gaulejac, *L'Histoire en héritage* Desclée de Brouwer, 1999, Le savoir participerait d'un « ça-voir » en ce que ce qu'on sait/voit relèverait notamment de ce que le « ça » sait/voit : cf. Caratini, *Les Non-dits…*, p. 26.
[13] *Vérité et méthode*, trad. P. Fruchon, *et al.*Éd. du Seuil, 1996, p. 336, [4e éd., 1986. ] (c'est l'auteur qui souligne)
[14] C'est ce queJ. Derrida, qualifie de « logique de l'obséquence » : *Glas*, Galilée, 1974, p. 134b.
[15] Heidegger, *Être…*, § 35, trad. Vezin, p. 217, trad. Martineau, p. 145.
[16] *Ontologie (Hermeneutik der Faktizität),* V. Klostermann, 1988[1923] (*GA* LXIII)
[17] *Frühe Schriften* V. Klostermann, 1978, p. 204[1916] (*GA* I) [c'est l'auteur qui souligne]
[18] Heidegger, *Ontologie…*, p. 9.
[19] Gadamer, *Vérité…*, p. 323.
[20] J. Derrida, *La Voix et le phénomène*, puf, 1967, p. 117.
[21] J. Grondin, *L'Herméneutique*, puf, 2006, p. 45.
[22] Puisqu'il s'agit de cerner quelque chose comme la *hæcceitas* du droit posé, la notion d'« habitus » façonnée par P. Bourdieu pourrait être également évoquée avec profit, sauf que la culture n'est pas qu'un « avoir » et constitue aussi un « être ». Le sociologue jugeait lui-même l'idée de « culture » préférable à celle d'« habitus ». et l'eût volontiers adoptée, n'eût été de ce qu'il estimait être son caractère sur-déterminé : v. P. Bourdieu, dans *Social Research*, 1968, p. 706. n° 23
[23] Heidegger, *Être…*, § 74, trad. Vezin, p. 447-452 ; trad. Martineau, p. 288-291. J'ai modifié la traduction. Si « [l]e hors-de-chez-soi doit être conçu […] comme le phénomène plus originaire » (*Id.*, § 40, trad. Martineau, p. 158 ; trad. Vezin, p. 239), la jectité conserve une place à l'individu, présenté comme une « extension » *(« Erstreckung »)* ou une « mobilité » *(« Bewegtheit »)* dans un « cadre » *(« Rahmen[s] »)* de vie : *Id.*, § 72, trad. Vezin, p. 438-439 ; trad. Martineau, p. 283. Dans l'esprit de l'immense intérêt affiché par M. Heidegger pour la littérature, il vaut de faire observer que le « subjectile » dont parle A. Artaud n'est pas sans rappeler la notion heideggérienne de « jectité ». Le néologisme connote, au moyen de la résonance avec « projectile », l'idée de « soi projeté ». De façon moins évidente, il suggère la sujétion d'après la formule « subject-il ». Le « sujet » serait intrinsèquement un « il », c'est-à-dire qu'il serait régi par le « là ». En tout état de cause, Artaud conçoit que le soi doit exister selon un « par-delà-soi » qu'il n'a pas choisi, quoique non exclusivement (d'où la préservation de la notion de « sujet »). V.Paule Thévenin et J. Derrida, *Antonin Artaud*, Gallimard, 1986, p. 55-108.
[24] Sur les limites à l'auto-entendement, v. Gadamer, *Vérité…* p. 324. : *« "Être historique" signifie ne jamais pouvoir se résoudre en savoir de soi-même »* [c'est l'auteur qui souligne]
[25] Heidegger, *Être…*, § 32, trad. Martineau, p. 132 ; trad. Vezin, p. 196.
[26] Grondin, *L'Herméneutique…* p. 57[c'est l'auteur qui souligne]
[27] Gadamer, *Vérité…*, p. 322-329.
[28] R. Bultmann, *Foi et compréhension*, trad. A. Malet, I, Éd. du Seuil, 1970, p. 604[1950]. J'ai modifié la traduction
[29] *Vérité…*, p. 291.
[30] Grondin, *L'Herméneutique…* p. 49[c'est moi qui souligne]

[31] Heidegger, *Ontologie…*, p. 15.
[32] Bultmann, *Foi…* p. 618.. J'ai modifié la traduction
[33] *E.g.* : *La Philosophie herméneutique*, trad. J. Grondin, puf, 1996, p. 100[1968] : « L'historicité ne désigne plus une détermination limite de la raison et de sa prétention à saisir la vérité, elle représente plutôt une condition positive de la connaissance »
[34] Heidegger, *Être…*, § 31, trad. Vezin, p. 189 ; trad. Martineau, p. 127.
[35] *Foi…* p. 610. J'ai modifié la traduction. Cf. Merleau-Ponty,*Le Visible…* p. 1767, qui parle d'« adhérence […] du sentant au senti et du senti au sentant »
[36] [Lettre à K. Löwith, ], dans*Zur philosophischen Aktualität Heideggers* D. Papenfuss et O. Pöggeler, (dir.), II, V. Klostermann, 1990, p. 29[1921]
[37] *E.g.* : K. Zweigert et H. Kötz,*Einführung in die Rechtsvergleichung* 3e éd., J. C. B. Mohr, 1996, p. 33. : « Le principe méthodologique de base de toute comparaison des droits […] est celui de la fonctionnalité […]. La question initiale à laquelle toute étude comparative est consacrée doit être posée en termes purement fonctionnels » *(« rein funktional »)* ; p. 46 : la comparaison des droits doit « être libre des malentendus *(« Mißverständnissen »)* qui peuvent être issus des "préjugés" *(« Vorurteilen »)* » ; p. 42 : les rapports sur les différents droits doivent être « objectifs, c'est-à-dire dénués de toute évaluation critique »*(« schlicht, d. h. vor allem ohne kritische Wertung »)*
[38] P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Éd. du Seuil, 1978, p. 84.
[39] V. G. Devereux, *De l'angoisse à la méthode*, trad. H. Sinaceur, Aubier, 1980[1967]
[40] P. Quignard, *Abîmes* Grasset, 2002, p. 161. Ainsi, alors que Descartes, rédige ses *Regulae ad directionem ingenii (Règles pour la direction de l'esprit)* en 1628, le *Discours de la méthode* est écrit en 1637.
[41] Heidegger précise que la jectité s'étend aux « facultés dites "créatrices" »*(« die sogenannten "schöpferischen" Fähigkeiten »)* de l'individu :*Kant et le problème de la métaphysique*, trad. A. de Waelhens et W. Biemel, Gallimard, 1953, p. 285, [1929]. Cf. Derrida,*Politiques…* p. 87. : *« Une théorie du sujet est incapable de rendre compte de la moindre décision »* [c'est l'auteur qui souligne]
[42] *Vérité…*, p. 312.
[43] *La Dissémination* Éd. du Seuil, 1972, p. 330. Heidegger confiait qu'il serait dans « le plus grand embarras » si on lui demandait de décrire sa méthode, voire de présenter son travail comme méthodologique. Il ajoutait qu'il était heureux de sentir « la contrainte d'une détresse »plutôt que « les chaînes d'une technique » : [À J. Stenzel, ], *Heidegger Studies* 2000, p. 19[1929]
[44] *Vérité…*, p. 334-346.
[45] H. Blumenberg, *Wirklichkeiten in denen wir leben*, Reclam, 1981, p. 113.
[46] Gadamer, *Vérité…*, p. 345-346.
[47] *Id.*, p. 343.
[48] *Id.*, p. 346.
[49] *Ibid.* J'ai modifié la traduction.
[50] *Id.*, p. 318 [c'est l'auteur qui souligne]. J'ai modifié la traduction.
[51] M. Heidegger, *Aus der Erfahrung des Denkens* V. Klostermann, 1983, p. 10[1933] (*GA* XIII)
[52] « Faire l'expérience de quoi que ce soit, qu'il s'agisse d'une chose, d'un être humain ou d'un dieu, signifie qu'on le laisse venir à notre encontre, nous affecter, nous tomber dessus, nous bousculer et nous changer » : M. Heidegger, *Acheminement vers la parole*, trad. J. Beaufret, *et al.*Gallimard, 1976, p. 143[1959]. J'ai modifié la traduction
[53] *Vérité…*, p. 378.
[54] V. N. Rose, *Powers of Freedom* Cambridge up, 1999, p. 57, et 58. La notion de pensée « diagnostique » est présente chez Nietzsche. *E.g.* : « Fragments posthumes », dans *Œuvres philosophiques complètes* G. Colli et M. Montinari (dir.), trad. P. Rusch, II/1, Gallimard, 1990, p. 290[1873] : *« Le philosophe comme médecin de la civilisation »* [c'est l'auteur qui souligne]
[55] C'est l'idée du « cercle herméneutique ». Puisque le pré-entendement est incontournable et parce que l'ambition doit être de l'élever à la conscience, Heidegger écrit que l'important n'est pas de sortir du cercle herméneutique (on ne le peut pas), mais d'y entrer « de la bonne manière »*(« nach der rechten Weise »)*, c'est-à-dire en ayant conscience de son pré-entendement : *Être…*, § 32, trad. Vezin, p. 199 ; trad. Martineau, p. 133.
[56] Cf. P. Ricœur, *Soi-même comme un autre* Éd. du Seuil, 1990, p. 15. : « L'herméneutique du soi se trouve à égale distance de l'apologie du *Cogito* et de sa destitution »
[57] Pour une belle réflexion autour de l'interaction entre le soi et la langue, v. M. Leiris, « … Reusement ! », dans*La Règle du jeu* D. Hollier (dir.), Gallimard, 2003, p. 3-6[1948]
[58] G. Bruns, dans *Gadamer's Century*, J. Malpas*et al.* (dir.), mit Press, 2002, p. 45-76.
[59] V. *Text und Interpretation* P. Forget (dir.), W. Fink, 1984 ; *Dialogue and Deconstruction* Diane Michelfelder et R. Palmer (dir.),suny Press, 1989 ; G. Bertram, *Hermeneutik und Dekonstruktion*, W. Fink, 2002.
[60] *E.g.*: Derrida, *Positions…* p. 18, et 73.
[61] *Être…*, § 7, trad. Vezin, p. 63 ; trad. Martineau, p. 48 [c'est l'auteur qui souligne].
[62] *Ontologie…*, p. 9.
[63] *Interprétations phénoménologiques d'Aristote*, trad. J.-F. Courtine, Trans-Europ-Repress, 1992, p. 31[1922]. J'ai modifié la traduction
[64] *Qu'est-ce que la philosophie ?*, dans *Questions I et II*, trad. K. Axelos, *et al.*Gallimard, 1968, p. 335[1956]. J'ai modifié la traduction
[65] *Quatre discours édifiants*, dans *Œuvres complètes*, trad. P.-H. Tisseau et Else-Marie Jacquet-Tisseau, VI, Éd. de l'Orante, 1979, p. 129[1843]. Pour un argument en faveur de la lenteur, cf. *supra*
[66] *Papirer* 2e éd., N. Thulstrup (dir.), I, Gyldendal, 1968, A 235, p. 112[1836]
[67] *Marges…*, p. 392.
[68] « Introduction », dans E. Husserl, *L'Origine de la géométrie*, trad. J. Derrida, puf, 1962, p. 104.
[69] « Circonfession », dans G. Bennington et J. Derrida, *Jacques Derrida*, Éd. du Seuil, 1991, p. 89.
[70] J. Derrida, *Éperons*, Flammarion, 1978, p. 107-108.
[71] *Le Monolinguisme…*, p. 69, 45 et 45, respectivement.
[72] Derrida, *Politiques…*, p. 368.
[73] *Qu'appelle-t-on penser ?*, trad. A. Becker et G. Granel, puf, 1959, p. 242[1954]
[74] *L'Ecriture…*, p. 229. Pour une série d'illustrations quasi caricaturales dans le champ des études juridiques comparatives, v. la série d'ouvrages publiés par l'Institut de droit comparé de Paris de 1976 à 1986, R. Rodière (dir.). Pour une reviviscence de l'approche questionnante, v. la collection « The Common Core of European Private Law » dont divers ouvrages sont parus chez Cambridge up ou ailleurs depuis 2000.
[75] Zweigert et Kötz, *Einführung…*, p. 33.
[76] Derrida, *Politiques…*, p. 410.
[77] *De la grammatologie…*, p. 227.

[78] J. Derrida, *Voyous*, Galilée, 2003, p. 198.
[79] *Id.*, « Introduction »…, p. 106 [c'est l'auteur qui souligne].
[80] *Id.*, *Positions…*, p. 56-57.
[81] J. Derrida, *Psyché* 2e éd., I, Galilée, 1998, p. 35.
[82] Pour une remarquable démonstration, v. Raluca Bercea, dans *Comparer les droits, résolument*, P. Legrand (dir.), puf, 2009, p. 41-68.
[83] Gadamer, *Vérité…*, p. 328.
[84] V. J. Grondin, dans *Archives de philosophie*, 2005, p. 401-418.
[85] *Politiques…*, p. 246 [c'est l'auteur qui souligne].
[86] « The Capital of the Ruins », dans *As the Story Was Told : Uncollected and Late Prose* J. Calder, 1990, p. 25[1946]
[87] J. Derrida (avec P.-J. Labarrière), *Altérités*, Osiris, 1986, p. 85.
[88] Gadamer, *Vérité…* p. 331, et 318.. J'ai modifié la traduction
[89] Dans *Dialogue…*, trad. Diane Michelfelder et R. Palmer, p. 41.
[90] Elle rejoint la réflexion de M. Heidegger, *Nietzsche*, trad. P. Klossowski, I, Gallimard, 1971, p. 345[1961] : « Abstenons-nous de penser que nous sommes déjà des entendeurs ; peut-être ne faisons-nous que regarder ». J'ai modifié la traduction
[91] Dans *Dialogue…*, trad. Diane Michelfelder et R. Palmer, p. 54. Pour une critique de la thèse de H.-G. Gadamer, dans un contexte interculturel, v. Marina Vitkin, dans *Philosophy & Social Criticism*, 1995, p. 57-76.
[92] J. Derrida, *D'un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie*, Galilée, 1983, p. 67.
[93] *Id.*, *Limited Inc*, Galilée, 1990, p. 122.
[94] Ce néologisme est fréquent dans l'œuvre de J. Derrida. Il veut rendre l'idée selon laquelle un sens ne peut pas être prescrit ou téléguidé. Bien plutôt, la destinée du sens est d'errer. Or ce verbe connote à la fois « vagabondage » et « erreur » : le sens est mobile et jamais vrai.
[95] Derrida, *D'un ton…*, p. 67-68.
[96] *Id.*, *Mémoires…*, p. 38 [c'est l'auteur qui souligne].
[97] *Vérité…*, p. 30.
[98] Grondin, *L'Herméneutique…* p. 103, [c'est l'auteur qui souligne]
[99] Cf. M. Blanchot, *La Part du feu* Gallimard, 1949, p. 312, n. :« [L]a compréhension équivaut à un meurtre ».
[100] J. Derrida, *Schibboleth* Paris, Galilée, 1986, p. 50. Dans une note ajoutée à *Vérité…* en 1986 (p. 321), H.-G. Gadamer, se montre sensible à cet argument. J. Grondin, voit là l'influence possible de J. Derrida, : *L'Herméneutique…*, p. 104-105.
[101] Dans *Dialogue…*, trad. Diane Michelfelder et R. Palmer, p. 53.
[102] *Béliers*, Galilée, 2003, p. 21.
[103] *L'Ecriture…*, p. 427.
[104] J. Derrida, dans *Cahiers Intersignes* 1998/13, p. 233. V. P. Legrand, dans *L. & Lit.*, 2011, p. 282-294.

# Chapitre IV

# Entendre *l'altérité*

L'absolument autre ne pourrait être qu'indéchiffrable, c'est-à-dire muet (comment saurait-on même que tel *totaliter aliter* est l'autre ?). En tant que condition préalable à toute entrée en négociation du soi avec l'altérité, l'autre est présent au soi dans le pré-entendement du soi, dans la culture du même. Selon E. Husserl, « le premier étranger en soi (le premier "non-moi"), c'est l'autre moi » [1]. Autrement dit, la possibilité d'une comparaison se fait tributaire d'une structure d'itération signifiant que la reconnaissance de l'autre telle que nécessairement constituée – on ne peut reconnaître que par rapport à ce qu'on connaît [2] – implique un rapport avec l'autre le dépouillant simultanément de son altérité spécifique. Pour être re-connu, l'autre doit cesser d'être l'autre, ce qui veut dire que l'autre ne peut rester l'autre qu'en sacrifiant la reconnaissance. Toute logique de la reconnaissance se trouve ainsi tributaire d'une économie de la méconnaissance (trop souvent méconnue) : toute relation (le soi reconnaît l'autre) participe intrinsèquement de la disrelation (ce n'est pas l'autre tel qu'en lui-même que le soi reconnaît, mais bien l'autre-du-soi) ; le soi se distingue *d'avec* l'autre [3]. Cette aporie est au principe de toute comparaison qui ne peut dès lors, encore une fois, jamais être que quelque chose comme la comparaison *quand même*, la comparaison *malgré tout*. Que l'autre dont il s'agit soit d'emblée l'autre-dans-le-même ne va certes pas sans interroger la pratique de la représentation qu'il convient d'aborder comme permettant, au mieux, une re-présentation, voire une représentance [4]. Ce passage obligé par la mêmeté, puisqu'il entraîne une assimilation de l'autre et parce que cette appropriation s'exerce obligatoirement de manière coercitive, répressive et violente (quel autre souhaiterait volontairement être entendu à l'aune d'un pré-entendement qui oblitère sa singularité, quel autre voudrait délibérément se réduire au seul discernement qu'autorise ce pré-entendement ?), parce qu'il nie l'advenance de l'autre en sa nouveauté événementielle [5], doit chercher, autant que faire se peut, à se confiner au stade liminaire de la comparaison. Par-delà l'entrée en comparaison, le comparatiste se réclamera d'un protocole de recherche sanctionnant, au nom d'une éthique de l'interlocution qui trouve son analogue dans le vocatif (plutôt que dans l'accusatif), dans l'adresse (plutôt que dans la désignation), et qui permet à l'autre de signifier selon lui-même et d'après sa propre évidence, qui accepte que l'autre n'est pas que modalité du soi, qui va jusqu'à envisager la possibilité de sa propre altérisation par l'autre [6], une « exappropriation » autorisant une politique de la singularité post-possessive organisant l'ensemble des structures de la négociation entre le soi et l'autre, notamment entre le soi-en-droit et l'autre-en-droit dans le cadre d'une logique articulée autour de l'idée directrice d'incommensurabilité des droits [7].

L'incommensurabilité, qui n'est pas l'incomparabilité [8], signifie l'absence de commune mesure entre deux droits, ce qui fait, par exemple, que l'un d'eux ne peut être dit « meilleur » que l'autre [9]. À cet égard, l'argument de D. Davidson selon lequel aucune doctrine fondée sur l'idée d'incommensurabilité ne saurait être admise vaut d'être considéré [10]. D'après D. Davidson, si deux cultures étaient incommensurables l'une par rapport à l'autre, il me serait impossible, étant situé en l'une de ces cultures, d'entendre quoi que ce soit participant de l'autre culture comme « culturel », c'est-à-dire qu'il me serait impossible d'imputer suffisamment de sens à une pratique, un symbole ou un mythe pour y voir une cérémonie de mariage, une prière ou une fête. Or si je ne suis pas en mesure de reconnaître ce que je me donne comme objet d'analyse en tant que « pratique », « symbole » ou « mythe » et si je ne peux donc en élucider le sens de manière intelligible, comment puis-je conclure à l'incommensurabilité des deux cultures l'une avec l'autre ? Une telle détermination ne serait plausible que si je m'étais préalablement trouvé en mesure de procéder à l'exercice d'identification qui s'impose pour arriver à un constat d'incommensurabilité. Mais, selon D. Davidson, si j'ai pu me livrer à cet exercice, cela doit signifier que les deux cultures ne sont pas incommensurables l'une par rapport à l'autre. Que faut-il penser de cette thèse ? Certes, toute attribution de sens présuppose l'existence de passerelles interprétatives articulées par le comparatiste lui-même, car – on le sait – on ne peut connaître qu'en reconnaissant, c'est-à-dire qu'on ne peut connaître que par apprésentation analogique. Même si l'on voulait voir là une « communion » d'idées (quoiqu'il faille bien admettre qu'il puisse s'agir d'une « communion » *de minimis*), comment celle-ci, d'ordre sémantique, doit-elle entraîner la réfutation de l'incommensurabilité, laquelle intervient sur le plan épistémologique ? En effet, il ne s'ensuit pas de l'existence de passerelles interprétatives entre deux cultures que celles-ci ne se fondent pas sur des prémisses épistémologiques irréconciliables, c'est-à-dire sans commune mesure les unes avec les autres. Alors que D. Davidson nous dit que la communion interprétative empêche l'incommensurabilité, il paraît plutôt que cette « communion », fût-elle *de minimis*, représente un préalable sémantique nécessaire, une prémisse constitutive, à l'entendement de l'incommensurabilité épistémologique dans toute sa magnitude.

Comparons la *loi n$^{o}$ 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, laquelle interdit « le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse », et la décision unanime de la Cour suprême du Canada du 2 mars 2006 dans l'affaire *Multani* v. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* autorisant un élève d'allégeance sikh à porter le « *kirpan* » à l'école publique [11]. Il existe entre les cultures juridiques française et canadienne la possibilité d'une « communion » ou d'une interface sémantique inventée par le comparatiste – condition nécessaire et adéquate pour la comparaison, qui n'implique pas une identité, c'est-à-dire qui n'exige pas des termes ayant rigoureusement la même extension. Et telle « communion » ou interface sémantique vaut car requise par la comparaison, même si chacune des deux cultures a sa propre conception spécifique de la religion, de l'espace scolaire public et de la place de la religion dans l'espace scolaire public, ces entendements étant toutefois incommensurables les uns par rapport aux autres. C'est précisément cette « communion » ou cette interface inventée autour des conceptions de « religion » et d'« espace scolaire public », ce « comme-un » formulable dans un méta-langage inéluctablement non neutre [12], qui nous permet de constater l'incommensurabilité des thèses en présence, d'observer comment ces deux orientations épistémologiques, malgré la fabrication d'un terme sémantique « commun » qu'elles autorisent (et qu'elles commandent en tant que formations *à comparer*), ne peuvent que s'inscrire dans l'altérité l'une vis-à-vis de l'autre en tant que logiques de validation différenciées : « Il n'existe pas d'autre position, d'autre lieu d'investigation, d'autre façon d'avancer, d'évaluer, d'accepter et de réfuter une argumentation raisonnée que ceux qui sont fournis par une tradition donnée » [13]. Et rien ne viendra changer quoi que ce soit à cette dissonance épistémologique, et surtout pas le tiers-espace transactionnel inventé par le comparatiste : le droit français continuera à avoir été produit par une certaine culture juridique comme par une certaine culture, et le droit canadien continuera à avoir été produit par une autre culture juridique comme par une autre culture. Ainsi la thèse de D. Davidson s'avérerait si les tenants de l'incommensurabilité défendaient l'existence de différences *sémantiques* entre les cultures qui soient à la fois interprétables et inintelligibles, puisqu'un tel point de vue serait absurde. Mais ce n'est pas ce qu'affirment les partisans de l'incommensurabilité pour lesquels celle-ci ne peut jamais être réduite à une question primordialement sémantique. Il n'y a qu'un (certain) pas à faire d'une phrase de J. Garelli un genre de slogan de la pensée comparative qui irriguerait toute comparaison des droits entendue comme portant sur le différend qui sépare des régimes de sens, en tant qu'*analyse différentielle des jurisaltures* : « L'eau du pont Mirabeau n'a aucune commune mesure avec celle de l'Arno du Ponte Vecchio » [14].

Dire que le comparatiste doit promouvoir une éthique de l'interlocution, c'est en appeler à une justification de la place faite à l'autre, étant

entendu que l'altérité n'est pas, et n'a pas à être, une négativité. Mais pourquoi donc la réponse au texte doit-elle se manifester *pour* l'autre, dans le sens de la reconnaissance et du respect de l'autre (ce qui n'est d'ailleurs pas promouvoir une vision exclusivement positive de l'autre, car l'autre, ainsi la mère amère, peut obstinément tricher et mentir) [15] ? Que doit-il découler de ce qu'il y a l'autre, *là* ? Expliquer que l'altérité concerne le soi parce que ce soi est lui-même abordé en tant qu'« autre » par l'autre, ce serait encore se réclamer d'une doctrine de l'être, impériale, ne faisant une place à l'autre que dans la mesure où le soi y trouve son compte. Selon E. Levinas, il faut éviter cette instrumentalisation indue de l'autre, cette injustice envers lui. Or tant qu'on s'inscrira dans une logique de l'être (« je suis moi, tu es toi »), on ne pourra faire mieux. C'est pourquoi il faut « renvers[er] […] le rang philosophique de l'ontologie » [16], retenir qu'il y a, par-delà l'ontologie, et primordialement, l'éthique – conçue comme autre chose que l'être, ou dont son « être » à elle est un « autrement qu'être », un privilège pré-ontologique, ainsi un au-delà de la simple interprétation, inadéquate car située.

« [S]tructure irréductible à laquelle s'appuient toutes les autres » [17], l'éthique envisagée primordialement permet de soutenir, par exemple, que le soi ne devient « soi » que par une sortie hors de soi, c'est-à-dire à travers le rapport (langagier) à autrui : « [Je suis] *à l'égard* de tout ce qui est que parce que je suis *par égard* pour tout ce qui est » [18]. Sans l'autre, l'être n'a pas de sens en tant qu'être. Mais l'autre, c'est l'étranger. Il n'est donc pas « *sous catégorie* » : il ne peut être rangé dans aucune des catégories du soi [19]. Il excède l'idée que le soi peut en avoir [20]. Bien plutôt, « [i]l est celui à qui je parle » [21]. Dès lors, le soi et l'autre ne peuvent pas être pensés ensemble en une homogénéisation de l'espace épistémique : ils ne sont pas assemblables. Cela fait que l'éthique ne s'exprime pas dans le dit (dans le déjà-connu), mais bien « dans un dire qui, par rapport à l'être, fait exception » [22]. Parce qu'il est là, « en dehors de toute qualification […] pour l'ordre ontologique » [23], ce qui implique que le soi ne peut pas le rencontrer dans la représentation, l'autre appelle le soi à dédire le dit ou à énoncer un dire autrement. Sauf pour le soi à anéantir l'autre, à effacer ce que l'autre lui oppose (autre manière, d'ailleurs, d'attester l'altérité de l'autre) [24], l'autre se présente face au soi comme un point d'extériorité ne lui étant pas réductible, comme n'étant pas transmuable en mêmeté par l'entremise du soi connaissant : « Le rapport avec Autrui n'annule pas la séparation » [25]. L'autre ne résiste pas au soi par la force : il lui résiste en étant l'autre. Dès lors, il pose une exigence existentielle radicale dont la puissance vient précisément de ce qu'il n'a pas le droit de demander quoi que ce soit, comme du fait que l'imprécision de l'exigence suscite l'angoisse chez le soi qui est envahi par le sentiment qu'il pourrait faire plus [26]. L'autre oblige le soi à en reconnaître l'inévitabilité et, partant, à circonscrire l'emprise de la forme ontologique totalisante, à interrompre le dit, la langue de l'ontologie. Il contraint le soi à un « [l]aisser-être l'autre dans son existence » [27]. En présence de l'autre qui vient déranger le solipsisme, celui-ci ne peut que marquer sa limite. Ainsi le soi se réveille de son « sommeil dogmatique » [28] ! Inquiet, il constate qu'il « n'en a[ura] jamais fini avec l'autre » [29]. Mais parce qu'il est dans la proximité de l'autre, en mesure d'exercer un pouvoir sur l'autre, notamment en lui attribuant un sens, le soi révèle l'autre en sa dépendance, laquelle, par le truchement de l'exigence morale telle qu'entendue comme appel par le soi, suscite l'attention désintéressée et disponible, le sentiment de responsabilité du soi pour l'autre. Voici donc le soi responsable pour l'autre [30]. C'est une responsabilité qui ne dépend pas de l'espèce ou des mérites de l'autre, dont l'autre n'a pas à prouver l'existence, mais qui est inconditionnelle et toujours déjà inscrite dans le rapport avec l'autre : « La responsabilité pour autrui ne peut avoir commencé dans mon engagement, dans ma décision. La responsabilité illimitée où je me trouve vient d'en deçà de ma liberté, d'un "antérieur-à-tout-souvenir" […], par excellence du non-originel […]. La responsabilité pour autrui est le lieu où se place le non-lieu de la subjectivité » [31]. On objectera qu'il n'y a rien avant l'être, mais cet argument est, précisément, d'ordre ontologique et suggère que tout s'épuise dans l'ontologie. L'éthique est avant l'être au sens qu'elle donne, elle, au mot « avant » : elle n'est donc pas fondée, pas dérivée. Événement non gnoséologique, elle est dans son « autrement qu'être », avant même l'*a priori* [32].

C'est donc à cet engagement *pour* l'autre – à une présence en tant que participant observateur plutôt qu'observateur participant, comme *témoin* intègre (quoique aporétiquement toujours « idiomatique » [33]) de l'authenticité de l'autre-au-monde dans un souci de justice envers lui – qu'une phénoménologie de l'implicite convie le comparatiste. Au nom de l'injonction de l'authenticité, de l'appel de l'autre à l'intégrité narrative de ce qui se dit *par rapport à lui*, l'analyse comparative doit tenir que le droit se situe infailliblement dans une langue, relève invariablement d'une tradition – bref, participe inévitablement d'une culture, se manifeste nécessairement culturellement (comment le droit serait-il jamais hors culture : *extra culturam nihil datur*). Ce n'est qu'en faisant sa place au droit-comme-culture, c'est-à-dire à la hantise du droit, à une pensée de la trace (et, puisqu'« [i]l n'y a pas d'atome » [34], à une pensée de la trace de la trace), que le comparatiste peut prendre le parti de la diversité du droit et prendre son parti de cette incontournable discrépance [35]. Ce n'est qu'alors qu'il peut façonner une conscience comparative allant dans le sens d'une radicalisation de la pensée démocratique qui anime la dynamique entre « droit » et « singularité » et faire intervenir, selon une autre logique que celle, totalisante, ayant guidé la *doxa* comparatiste, des articulations de la vie-au-droit permettant à la différence de légitimement s'exprimer, au lieu de nier ou supprimer la dissension inhérente à l'expérience juridique (il y a *plus d'un* droit). Alors que la stratégie de la mêmeté valorise le soi en éliminant tous ces plis aubains rendant malencontreusement raboteuse la belle surface du conformisme à la logique assimilatrice du même (l'autre est comme moi et je peux donc le comprendre/je comprends l'autre et il est donc comme moi), la différenciation rehausse l'« il y a » et lui redonne les forces dont il serait autrement privé.

Cette démarche doit outrepasser la détermination des comparatistes à éliminer les différences entre les droits alors même qu'elles ont été considérées comme « des maux ou des inconvénients qu'il fallait surmonter » [36]. Ce qui suppose d'aller au-delà du cartésianisme et de ses succédanés, car, « [p]our une philosophie qui s'installe dans la vision pure, le survol du panorama, il ne peut pas y avoir rencontre d'autrui » [37]. Et ce qui implique de dépasser la vision excrémentielle de l'autre conçu comme « l'expulsé du sens » [38], l'évacué, l'éliminé, le rejeté du monde (en tout cas, de « mon » monde), l'« immonde » [39], c'est-à-dire de se démarquer d'une réflexion de la déjection selon laquelle « [p]hilosophiquement, […] l'autre est indifférent », « [l]es différences [culturelles] n'ont aucun intérêt pour la pensée » et « toute la prédication éthique sur l'autre et sa "reconnaissance" doit être purement et simplement abandonnée » [40]. Pour la comparaison des droits, « [e]xister c'est différer » [41]

Ce qu'on appelle « globalisation » des droits invite ainsi le comparatiste à rendre compte de phénomènes juridiques enchâssés culturellement alors même qu'ils ne sauraient plus être envisagés comme des unités isolées, non plus que comme des unités isolées sur lesquelles interviendraient des forces « extérieures » (politiques ou économiques, par exemple). Car celles-ci sont inscrites « en » tel ou tel autre droit-comme-culture et participent de sa constitution même, ce qui n'empêche pas que le droit continue à produire du sens sur le plan local en tant que schéma culturel situé. Dès lors, la « globalisation » n'amoindrit pas la pertinence analytique de rubriques telles « droits romanistes » ou « droits de *common law* » et ne change rien non plus au fait que le droit est toujours *instancié*. Transgression modificatrice ou métamorphosante d'être qui déploie une zone de sens dont la caractéristique est de n'apparaître que dans l'effectuation du mouvement de conversion, le texte local est non seulement un mode d'être, mais il est encore le seul mode d'être qui confère au discours global (au sens le plus large) une présence positive. Ainsi l'acte de profération locale marque le passage obligé de l'ordre global à sa formation en individuations singulières, en *conceptions*, dont les amorces de sens possible interviendront d'ailleurs peut-être, en réponse à une demande de sens localement exprimée, au revers du code syntaxique institué « globalement ». Un droit n'a donc pas qu'une fonction de miroir. Éminemment créateur, ne redoublant aucune réalité pré-existante qui serait *omnitudo realitatis*, il apparaît comme une manifestation située où le « reflétant » n'est jamais identique au « reflété » par suite d'un décalage, plus ou moins palpable, où l'autre bifurque en le même [42]. C'est là le paradoxe du discours dit « global » dont l'existence comme droit positif exige, alors qu'il appelait pourtant *un* sens, qu'il se soustraie, à travers le mouvement instaurateur de son

avènement, à toute fixation résolutrice, l'intelligence du texte local passant par l'approfondissement d'un réseau surmultiplié d'optiques préalables, d'ambitions, d'inhibitions et de réflexes qui survivent dans chaque signifiant et qui nous apparaissent de plus en plus clairement au fur et à mesure que nous approfondissons notre démarche d'exploration. En d'autres termes, « sous le travail général des lois subsiste toujours le jeu des singularités » [43]. Cela dit, on a voulu enrégimenter l'entendement de l'expérience juridique. Mais quand le Conseil de direction d'Unidroit, en guise d'introduction à ses *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, déclare, selon le mode eschatologique, que ceux-ci « ont pour objectif d'établir un ensemble équilibré de règles destinées à être utilisées dans le monde entier quelles que soient les traditions juridiques et les conditions économiques et politiques des pays dans lesquels elles doivent s'appliquer » [44], le comparatiste, qui sait que « [c]'est la censure [ou la *sensure* !] la plus forte que cette recherche de la non-différence » [45], entend bien, lui, et sans le sentiment d'y perdre quoi que ce soit, que toute tentative de globalisation se résout, en pratique, à une expérience de « *glocalisation* » [46].

Nécessairement matérialiste en ce qu'il récuse la primauté des opérations cognitives du « sujet » (et la prétendue puissance synthétique de la catégorie même de « sujet » qui croit pouvoir unifier le droit par la grâce d'un « Je-pense »), orphelin de transcendance, le projet comparatiste ne saurait (plus) avoir pour fin l'élaboration de synthèses relevant peu ou prou d'une quelconque aspiration à l'universel au nom de la « [v]ieille amitié occulte entre la lumière et la puissance, [de la] vieille complicité entre l'objectivité théorique et la possession technico-politique » [47]. Être comparatiste, c'est primordialement être-vers-l'autre-droit, être-pour-l'autre-en-droit. La relation telle qu'elle est envisageable, c'est-à-dire comme *disrelation*, anime toute comparaison. Or « la relation préserve la différence des choses, leur singularité » [48]. Revenons-en à la loi française de 2004 et à la décision canadienne de 2006 qu'il faut envisager comme deux éléments d'une dyade diastasique interagissant par l'entremise d'un rapprochement « forcé » par le comparatiste sans autre possibilité de rapport entre eux, chaque élément étant toutefois empêché d'absorption par l'autre (au contraire de ce que propose la dialectique). Et disons que ces droits français et canadien ont aussi peu besoin de synthèse que « des pinceaux et des pieds-de-biche » (*« paintbrushes and crowbars »*) [49]. Écrire que, « [p]our être légitime, le droit politiquement édicté par une communauté juridique concrète doit à tout le moins s'accorder avec des principes moraux qui, par-delà la communauté juridique particulière, peuvent prétendre à une validité universelle » [50], c'est ainsi réfuter toute possibilité de comparaison des droits pourtant structurellement requise par la diversité juridique [51]

D'abord, il y a l'injustice propre à toute idée d'universalité puisque l'argument fondé sur la mêmeté n'est possible qu'à partir du moment où l'on décide d'ignorer ou de triturer la facture du droit et de s'en tenir à des « prélèvements » choisis. L'universalité passe ainsi par l'abolition de la chose même étant universalisée alors qu'« il s'agit de respecter la signification interne des événements qui constituent [l']existence, avant de les interpréter en fonction de l'ordre universel construit par la raison » [52]. Puis, il y a l'illusion caractéristique de tout projet universalisant qui voudrait faire croire qu'il existe un métalangage véhiculant une vue en surplomb, laquelle participerait d'un savoir absolu, alors qu'il y a « impossibilité absolue de métalangage » et « [i]mpossibilité d'un métalangage absolu », car tout prétendu méta-langage ne peut exister que dans une langue [53]. Acte de langage, le droit tel que nous le pratiquons reste largement tributaire de l'expression orale ou écrite. Il est dès lors impossible qu'une langue, quelle qu'elle soit, produise une signification universelle, car la démarche linguistique a notamment pour condition la liaison de l'individu parlant avec le langage. Ainsi toute langue, entendue comme structure de sens, connaît une limite interne, voire un horizon aveugle (il y a « nature morte » et *« still life »*), d'ailleurs déjà présent dans les premières écholalies des enfants. L'universel juridique est donc un leurre, car, qu'il s'agisse d'énonciation ou d'interprétation, le droit n'est jamais *atopique* et l'objectivité du juriste n'existe pas sauf, bien sûr, à avouer ses attaches, ce qui revient à affirmer qu'il n'y a que la jectité (culturelle) [54]. Appliquons au droit ce mot d'Apollinaire pour dire encore l'insurmontabilité des intermittences de sens et l'inatteignabilité d'un *partage* de sens : « L'art ne cessera d'être national que le jour où l'univers entier vivant sous un même climat, dans des demeures bâties sur le même modèle, parlera la même langue avec le même accent, c'est-à-dire jamais » [55]. Par surcroît, il y a l'autre illusion tout aussi typique des prétentions universelles selon laquelle on pourrait gommer le localisme alors qu'« [i]l n'existe aucun lieu dont on puisse dire qu'il n'est pas local » [56], chaque localisation étant le fait d'une « nuée de localisateurs » [57]. En outre, il y a la déresponsabilisation du juriste qui, favorisant l'adoption d'une solution universelle, s'économise une solution personnelle. Celui-ci se préserve alors, en effet, de l'angoisse d'avoir à penser l'altérité comme l'expression d'un monde possible, « comme une virtualité ou une dimension particulière, non explorée, [du] propre » [58]. L'idéal humaniste de maîtrise hérité des Lumières pratiquant, comme pare-psychose, la réduction de l'autre au même et légalisant la rature de l'autre au nom du même, la raison organisatrice dévolue à l'universel n'hésite pas à construire l'image d'une culture qui subordonnerait entièrement l'individu aux particularismes de groupe, lesquels commanderaient à ses actes jusque dans les moindres détails. La culture serait la face honteuse d'un monde imparfait n'ayant pas encore réussi à arracher une humanité pourtant de plus en plus éclairée aux archaïsmes localisés, aux afféteries du terrain, aux enracinements de clocher, aux « parcours vieillis de l'œil » [59], voués à terme à disparaître. On oublie, chemin faisant, que « [l]e rapport à la raison lui-même, censé unifier les esprits au-delà des préjugés, ne joue ce rôle que de manière limitée, car les spécificités de chaque culture ne vont pas sans affecter jusqu'à l'usage qui est fait de la raison et ce qui est regardé comme une démarche qui lui est conforme » [60]

Enfin, le tropisme vers l'universalité du droit exige un amour du droit. Il n'est peut-être pas étonnant que les partisans de l'universalisme juridique se retrouvent donc, le plus souvent, dans des juridictions de tradition romaniste où l'État s'est vu historiquement très sollicité. Car, dans tous ces cas, l'ordre dogmatique institue depuis longtemps, dans l'organisation qu'il fait de l'« il y a » – *« vitam instituere »*, annonçait le Digeste (D. 1. 3. 2) [61] –, des dispositifs pour faire aimer le droit et pour faire aimer la soumission que le droit lui-même installe juridiquement [62]. On reste ainsi, en France, engoncé dans un dogmatisme de l'universel dont on pourrait légitimement dire qu'il n'est qu'un nationalisme et un ethnocentrisme dilatés qui font qu'on s'intéresse au premier chef aux droits étrangers ou pour les conquérir (le Liban, le Kirghizistan) ou pour les contrecarrer (les États-Unis, l'Angleterre). Si l'on ajoute à cela le fait que le juriste français, incarnant une culture administrative dirigiste et centraliste, persiste à aborder le droit comme une seule technique et à se contenter de se faire l'« enfant du texte » [63], il ne faut pas s'étonner qu'il demeure peu disposé à entendre les phénomènes « extra-hexagonaux ». Et ces « penchants » guident le comparatiste français comme un genre de surmoi collectif. Il advient une assimilation si parfaite des contraintes posées par l'idée républicaine locale, c'est-à-dire des structures mentales façonnées par l'État organisant l'expérience et l'entendement, que le comparatiste français fait corps avec elles, qu'il fait ce qu'elles attendent de lui, que ce sont elles qui *commandent*. Cette incorporation est d'autant plus symbiotique qu'il n'y a pas d'acte psychologique d'adhésion conscient ou d'expression d'une conscience connaissante, mais manifestation d'un désir de « conformisme » intervenant au terme d'un processus de socialisation normativisant ayant sensibilisé – ou prédisposé – le comparatiste français aux injonctions qu'il perçoit, apprécie et valorise, mais qui le dépassent aussi, et qui fait que sa recherche comparative advient « dans les formes » [64]

Le divers-en-droit est *là*. Il participe de l'être de l'« il y a » du droit. L'en-jeu devient de savoir ce que le comparatiste doit en faire. P. Valéry, ayant compris que l'universalité n'est rendue possible que par « notre grossièreté de perception », « notre petit nombre de moyens » et « notre nécessité de simplification », constatait l'entreprise de « falsification » [65]. Bien plutôt que de nous attarder à chercher chapelle du côté des « œuvres vagues et sans charpente » de l'universalisme chimérique, que stigmatisait justement Apollinaire [66], reconnaissons que « [l]a faillite du comparatisme commence [notamment] là *où les histoires tendent à devenir l'Histoire par l'unification mercantile du globe* » [67]. Au moyen d'une pratique dynamique de lecture et d'écriture qui bouscule la belle assurance des discours totalisants, répondons à la demande fragmentaire, c'est-à-dire à la demande du fragment [68]. Ce qui peut sembler relever du tout, ce qui peut paraître « global », constitue à l'examen une constellation hétéroclite d'assemblages, c'est-à-dire de formations complexes « glocales », et ce, en vertu de l'événement de fragmentation tel qu'il se manifeste localement. C'est cet événement qui présente sa demande, inévitable et nécessaire, pragmatique et éthique,

à la lecture et à l'écriture, laquelle doit entraîner une réponse, au sens de responsabilité, faisant sa place à la contingence, à la conjoncture, peu importe à quel point l'hybridation autochtone se fera elliptique ou anecdotique, volatile ou éparse, peu importe à quel point le pli se fera simple froissement. Chaque fois, « l'exigence fragmentaire […] dépasse la totalité » [69], par exemple en ce qu'elle sape les leurres de la forme et de l'ordre, en ce qu'elle suspend l'illusion du plein, en ce qu'elle *différencie*. Puisque toute possibilité de totalisation s'est toujours déjà retirée, la réponse au différend que constitue le global-immanquablement-inscrit-dans-la-facticité doit se déployer selon une narration résolument orientée vers la singularité-étant-là-comme-coupure-ou-comme-interruption-et-qu'on-ne-peut-prétendre-ignorer (« [l]a responsabilité exige la singularité irremplaçable » [70]), ce qui signifie dès lors une revendication de la culture comme résistance à l'appropriation à des fins d'exploitation ou de domination et, en fin de compte, à un maintien de l'idée du « culturel » comme « politique ».

Ce n'est pas sacrifier aux puissances anarchiques d'affirmer que l'à-venir des droits exige un œcuménisme admettant que l'altérité doit demeurer irréductible à la dictature des modes comme à l'esprit de calcul ou à l'appropriation gestionnaire [71]. La raison marchande ne peut ni achever ni justifier la confiscation instrumentale de l'identité de l'individu – et notamment de son identité juridique inscrite dans une culture et une tradition – qui priverait celui-ci de possibilités d'équilibration inconsciente et imaginaire à mesure que se dérobe sa réalité signifiante. Quoiqu'on puisse trouver dans l'autre tradition juridique des traces de la sienne propre et malgré un travail sensible de l'altérité au cœur de la mêmeté qui fait que l'autre n'est pas seulement la contrepartie du même, mais appartient aussi à la constitution intime de son sens, l'autre tradition juridique reste incontournablement dans l'altérité un phénomène qu'on ne peut justement envisager comme étant dépourvu d'« historicité endogène » [72]. *Un Tupi qui joue du luth n'en demeure pas moins un Tupi* – et ce n'est en rien le réprouver que de constater ainsi le caractère inappropriable de son altérité [73].

Puisqu'il ne saurait toutefois être question pour le comparatiste de se satisfaire d'un monde où les droits, ancrés dans leur spécificité, se situeraient les uns par rapport aux autres comme autant de monades sémantiques soliloquantes et sans fenêtres, puisqu'il doit s'agir pour le comparatiste en tant qu'être-d'entendement, en tant qu'être-vers-l'autre-en-droit, en tant qu'être-pour-l'autre-en-droit, de favoriser la négociation entre plus d'un droit, la comparaison doit ré-inscrire (soit déconstruire) la singularité dans laquelle chaque droit est toujours déjà inscrit afin de permettre au propre et à l'étranger de cohabiter dans l'hospitalité de la comparaison sans que leur différence ne soit pourtant camouflée, c'est-à-dire dans la reconnaissance et le respect d'une spécificité par laquelle doit passer quoi que ce soit qui puisse prétendre participer d'un entendement au sens fort : « La différence reconnue est la condition de toute rencontre authentique » [74]. Ainsi les études juridiques comparatives se théoriseraient et se pratiqueraient « non pas comme harmonie et résolution, mais en tant qu'intransigeance, difficulté et contradiction » [75]. Selon le mot de J. Derrida, en effet, « [i]l n'y a pas d'éthique sans présence *de l'autre* » [76]. Comment, d'ailleurs, le comparatiste lui-même pourrait-il exister sans l'autre ?

Ici demande à être approfondi l'argumentaire selon lequel l'autre droit et l'autre-en-droit peuvent être radicalement décrits en termes de différence et, parce que « l'altérité (la différence) est irréductible » [77], doivent l'être [78]

1. *La leçon de Leibniz* Il n'y a qu'une chose qui ne se puisse comparer et c'est *une* chose. La comparaison requiert plus d'un élément. Or la comparaison de plus d'un élément doit impliquer leur différence et nier leur identité [79]. Seul le même est l'identique, et alors il y a l'un. Dans tous les autres cas, par exemple dans toutes les situations où intervient plus d'un élément, il y a la non-mêmeté ou encore la différence. « En vertu des variations insensibles, deux choses individuelles ne sauraient être parfaitement semblables », *dixit* Leibniz (dont j'adopte et adapte le propos aux fins de comparaison des droits) [80]. Il en va ainsi de deux phénomènes juridiques, dussent-ils s'exprimer par des règles tout ce qu'il y a de formel, leurs différences rendant raison de leurs situations distinctes dans l'espace et dans le temps. La reconnaissance et le respect de l'« il y a », dont il doit témoigner et qu'il a donc pour tâche de tenter de re-présenter authentiquement, enjoint au comparatiste de caractériser la différence, de l'articuler et de la justifier tout en résistant à la tentation, souvent puissante, d'échafauder des similitudes entre les droits inévitablement superficielles [81]. Certes, la différence est, elle aussi, construite. Un droit, à l'instar d'une chose, est ce qu'il est, et ce n'est pas l'une de ses caractéristiques ontologiques de n'être pas un autre droit [82]. Cela signifie qu'un droit n'est jamais différent *en soi*, mais bien qu'il fait l'objet d'une différenciation par le jeu disséminant de la pensée herméneutique déconstructrice du comparatiste, laquelle est performative en ce qu'elle ne fait pas que relater le différend, mais le suscite aussi de manière inédite [83]. Il intervient donc une violence (car toutes les manifestations affectives témoignant d'une volonté de puissance qui permet l'affirmation du soi, dès lors tout décisionnisme, en sont). Mais c'est la *moindre* violence [84].

2. *Peurs et revendications.* M. Foucault écrit qu'« [o]n éprouv[e] une répugnance singulière à penser la différence, à décrire des écarts et des dispersions, à dissocier la forme rassurante de l'identique » [85]. T. W. Adorno avait déjà fait observer qu'on estime spontanément que « les différences effectives ou imaginaires sont des marques ignominieuses prouvant qu'*on n'est pas encore allé assez loin*, que quelque chose a encore échappé au mécanisme et n'a pas été déterminé par la totalité » [86]. La différence suggère ainsi l'existence d'une dimension inconnue du propre qu'il faudrait saborder afin de la neutraliser. C'est l'impensé de la pensée, peut-être l'impensable, l'au-delà de soi-même, la contrariété, la folie, la fin ou la mort du propre. C'est « ce quelque chose devant quoi tous les mots s'arrêtent et toutes les catégories échouent, l'objet d'angoisse par excellence » [87], lequel interdirait tout rapport. Assurément, la différence inquiète, menace [88]. Ne serait-elle d'ailleurs pas contagieuse, si bien qu'à partir du moment où elle s'imposerait, le même ne pourrait plus tenir sur le plan de l'identité, il serait débordé, il entrerait en crise ? C'est précisément l'irréductibilité de la différence envisagée comme danger qui l'a subordonnée à la mêmeté chez les philosophes, où le multiple et ses assonances se sont vus fatalement reconduits à quelque unité finale, jouant ainsi leur rôle au profit de l'un qu'ils ont dès lors exprimé et qui les a enveloppés [89]. Depuis Platon, « [l]a [soi-disant] totalité passe toujours précipitamment sur du non-totalisable, du non-intégrable ; elle s'apaise en une parousie rassurante et trompeuse » [90]

Les similarités identifiées par le juriste ne sont pourtant que des intermédiaires entre les diversités primordiales plus ou moins effacées : « Partout où, sous l'indistinct apparent, un savant creuse, il découvre des trésors de distinctions inattendues » [91]. C'est l'équipement, c'est la force de la pensée qui rompt l'apparence d'identité faisant de la différence le versant *substantiel* du droit [92], qui montre que les dénominateurs « communs » auxquels aboutit la recherche juridique ne sont « communs » qu'au regard de cette recherche et de ses limites délibérément assignées. L'approfondissement de la comparaison est nécessairement une marche de l'homogène à l'hétérogène, une différenciation progressive et constante. Ainsi la différence va différant – ce qui, dans le respect de l'altérité, doit impliquer ultimement une incommensurabilité des droits les uns avec les autres, *a fortiori* lorsque participant de traditions juridiques distinctes, notamment la tradition juridique romaniste, ayant autorisé une réception du droit romain, et celle de *common law*, ayant réfuté la romanisation (certes, l'identité des droits romanistes ou de *common law* n'existe pas au sens de *semper idem* ou *semper unum*, mais bien d'après une conception de l'« identité » connotant l'*« estar »* plutôt que le *« ser »* espagnol ou portugais et permettant d'ailleurs d'en finir avec les objections prétendant que cette catégorisation serait essentialiste : *« [L]e propre d'une culture, c'est de n'être pas identique à elle-même »* [93]

3. *De la singularité.* La comparaison, *dans sa démarche même*, doit poursuivre l'objectif de faire ressortir le divers dans le droit et de justifier ce divers ; dès lors, elle peut contribuer à l'anéantissement de la notion d'« universalité ». Le comparatiste est trop sensible à la qualité *singulière* de chaque manifestation de droit pour accepter qu'on l'appréhende d'abord, à la faveur d'équations aisées, par sa ressemblance avec une

manifestation de droit qui interviendrait ailleurs. *Il y a* plus d'un droit, et *il y a* la différence des droits. Celle-ci ne saurait donc être indifférente et le divers ne saurait se réduire à un divertissement. Aussi le comparatiste voudra-t-il inscrire la comparaison *dans la différence*. La conscience de l'altérité figurera ainsi au premier plan dans toute théorie et dans toute pratique de la comparaison. Un tel processus de ré-inscription culturelle n'est assurément pas dépourvu de prédilection politique. Le comparatiste, qui recherche le comment et le pourquoi des droits et de leur singularité, proclamera, par exemple, que les gains réalisés par l'avènement d'un marché commun ne doivent pas faire illusion, qu'ils ne sauraient s'obtenir au prix de la dislocation de « communautés » et de la remise en cause du sentiment d'identité et d'appartenance des individus, lequel est inévitablement assujetti aux repères symboliques qui, inscrits dans un cadre culturel signifiant, valident des vies. Puisque le droit ne peut exister que dans un langage et puisqu'un langage ne constitue toujours qu'une articulation signifiante singulière et contingente, il est impossible – insistons-y – de faire advenir un universel juridique. Ainsi le droit ne connaît que le divers dans son éclatement. Or la diversité est habitée par la différence, donc par le différend. Mais parce qu'elle suscite l'angoisse d'avoir à penser l'altérité comme l'expression d'un monde possible et l'horreur de se retrouver privé de *garant* [94], la différence se voit volontiers gommée par le juriste [95]. Or il n'est pas de travail d'érudition qui ne nous replace face à l'« il y a » : les droits, notamment lorsqu'ils sont issus de traditions juridiques distinctes, sont irrémédiablement différents les uns des autres au point d'être incommensurables les uns avec les autres. Que je transpose la formule de l'auteur du *Coup de dés* : dès qu'on rapproche des droits, « la disparate fulgure » [96]. Aussi les études juridiques comparatives voudront, comme condition de leur crédibilité même, s'attribuer pour mission de donner à voir le divers et de rendre compte du différend, ramenant la prétention universelle à l'élaboration culturelle qui la constitue, c'est-à-dire insistant sur une affirmation de l'immanence foncière de toute production juridique.

4. *La différence partout.* Puisque la reconnaissance et le respect de l'autre droit et de l'autre-en-droit ont à voir avec la justice, il faut admettre que « [l]a justice est impossible sans que celui qui la rend se trouve lui-même dans la proximité » [97]. La comparaison occupe l'espace différentiel, immense et vertigineux, de l'entre-deux de la négociation entre le soi et l'autre. Or l'acquisition d'un « sentiment juridique » (ou *« Rechtsgefühl »*) pour l'autre droit et pour l'autre-en-droit – « selon l'asymétrie absolue de la signification » qui fait que « je me substitue à [l'autre], alors que personne ne peut me remplacer » [98] – commande un travail de terrain où il s'agit de serrer au plus près le « droit » et d'épouser les mouvements de *son* terrain (non, la fréquentation de bibliothèques françaises ne suffit pas à fonder une comparaison !). Et c'est ainsi qu'il faut quelque chose comme la distance (analytique) et, simultanément, aporétiquement, la proximité (expérientielle) [99]. Ce qui doit impliquer un investissement de confiance en certains membres de la « communauté » juridique sur le droit de laquelle porte l'étude comparative dont le comparatiste se montre prêt à reconnaître l'autorité. (Mais pourquoi *ces* agents d'information plutôt que d'autres ? Pourquoi cette *auteurité*-là ? [100])

Puisque la comparaison se justifie primordialement comme un discours hétérologue, cerner un droit, pour le comparatiste, c'est d'abord déterminer ce qu'il y a de significatif dans les différences qui en marquent la singularité [101]. Ce cheminement exige une profonde sensibilité à l'endroit de l'altérité qui, même si elle reste en dernière analyse insondable, demande à être instituée en principe directeur de la comparaison avant même que ne débute la recherche comparative. Le respect de l'altérité ne se présente donc pas comme le résultat d'une comparaison des droits : il en est le prérequis. C'est au commencement de sa quête que le comparatiste doit prendre conscience de ce qu'il existe quelque chose qui peut s'appeler et se ressentir comme « son propre droit », « sa propre culture juridique », « sa propre culture », et qu'il existe quelque chose d'autre qui n'en est pas, qui en diffère. La conscience de l'altérité s'affichera ainsi au premier plan dans toute théorie et, ce faisant, dans toute pratique de la comparaison. Il devient alors clair que la comparaison n'aura pas un effet unificateur, mais bien multiplicateur. Aussi le promoteur de l'unification du droit est tout le contraire du comparatiste (prétendre se consacrer aux études juridiques comparatives *et* à l'internationalisation du droit, c'est s'embourber dans une contradiction à partir de laquelle l'imaginative la plus féconde ne parviendra pas à fabriquer de la crédibilité). S'élevant contre la tendance de l'esprit à « tirer plaisir de ce qui est uniforme » qu'avait déjà identifiée Vico [102], le comparatiste voudra reconnaître – et c'est là le nœud de convergence des interrogations que soulève la comparaison – que le comparatisme en droit ne saurait avoir pour raison d'être *que* l'entendement des différences. C'est « la recherche première et fondamentale de la différence » [103], de la « couleur locale » [104], qui confère à tout moment sa légitimité au projet comparatiste et, notamment, au projet comparatiste européen [105]. Négociation entre les droits romanistes et les droits de *common law*, entre le discours du commentaire sur le texte sacré et le discours rhétorique, entre deux manières intrinsèquement justifiables de penser le droit, entre deux registres épistémologiques incommensurables l'un avec l'autre (quoique comparables), entre deux constellations de textes éminents, la comparaison soustraie l'évidence, donne du sens.

Il incombe dès lors au comparatiste de s'affirmer face au « on » de la *doxa* disciplinaire et de protester vigoureusement contre l'axiomatisation de la ressemblance et l'impérialisme du même, tout particulièrement lorsque l'illusion simplificatrice devient tellement excessive qu'elle conduit à suggérer que le chercheur qui aurait mis au jour des différences entre divers droits devrait revoir ses conclusions ou à encourager le comparatiste à se livrer à une « manipulation » de ses informations afin de faire paraître les droits comme étant similaires [106]. La *« præsumptio similitudinis »* chère à K. Zweigert et H. Kötz doit céder devant un *principium individuationis*, lequel, seul, en tant qu'autorisant une authentique expérience de la différence et du différend [107], doit permettre au comparatiste de constater, par exemple, qu'on ne peut prétendre, tout en maintenant l'intégrité du processus de comparaison comme l'authenticité du *comparandum*, re-présenter le droit allemand en langue anglaise en cherchant à délibérément l'angliciser. [108]. Si la comparaison devait passer par la réduction intentionnelle de l'expérience juridique de l'autre aux catégories cognitives de l'observateur lui-même, on expulserait alors rapidement les valeurs d'humilité et de déférence devant définir le cadre de la négociation entre l'observateur et l'observé, ce qui nous offrirait la regrettable image d'un observateur davantage préoccupé d'affirmer son autorité que de poursuivre une démarche à l'aune de l'éthique comparative permettant à l'autre – pourquoi pas ? – de participer lui-même activement à la représentation qui est faite de son droit (n'est-ce pas son image « à lui » que le comparatiste projette ?) [109]

L'autre-du-droit-français, c'est primordialement le *common law*. Droit antirrhétique [110], « artisanal » *(« hand-werksmäßig »)* [111], enthymématique, le *common law* procède par *transduction* : il privilégie un « processus mental consistant à passer d'un cas particulier à un autre cas particulier sans l'intermédiaire d'une affirmation générale » [112]. Ce qui révèle aussi pourquoi le *common law* attache tellement d'importance aux faits – la rigueur factuelle produisant tout un arsenal opératoire, foncièrement anti-intellectuel [113]. Il vaut de citer d'emblée, dans la galerie des personnages de C. Dickens, le directeur d'école : « Ce que je veux, ce sont des Faits. N'enseignez à ces garçons et filles rien d'autre que des Faits. Seuls les Faits sont souhaités dans la vie. Ne plantez rien d'autre et arrachez tout le reste. Vous ne pouvez former les esprits des animaux pensants qu'avec des Faits : rien d'autre ne leur sera jamais d'aucun secours. C'est le principe d'après lequel j'élève mes propres enfants et c'est le principe d'après lequel j'élève ces enfants-ci. Tenez-vous en aux Faits, Monsieur ! ». [114]. À partir du moment où les juges de *common law* attribuent au fait un rôle résolument central dans la fabrication du droit, « le raisonnement juridique consiste non pas à appliquer des règles générales pré-établies, mais à pousser vers l'extérieur à partir des faits » [115]. Le *common law*, qui ne croit ni à la qualification générale et abstraite ni à la systémique (sauf, le cas échéant, à celle de l'alphabet), se fait ainsi fissipare. Il reste, délibérément, toujours au-dessous du niveau de l'unité. Le *common law* s'inscrit dès lors dans la fragmentation et la pluralisation ; il est friable, délité par la circonstance [116]. C'est pourquoi un juge anglais peut énoncer sans ambages que « tous [l]es litiges sont tributaires de leurs propres faits et rendent les généralisations – si séduisantes soient-elles aux yeux du commentateur juridique ou social – complètement déplacées » [117]. En ce

qu'il ne pose pas la loi, c'est-à-dire l'Ordre, comme référent comminatoire primordial, en ce qu'il ne retient pas une transcendance de la loi comme invincible structure de rationalité, en ce qu'il ne récuse pas la contestation, n'enterre pas les particularismes, ne réfute pas « les abats de l'expérience » [118], le jugement anglais se distingue intrinsèquement d'une intervention judiciaire « à la française ». On y retrouve ce que M. Foley a pu qualifier d'« acceptation instinctive […] de l'indétermination » [119]. En découle une conséquence que mettait bien en relief H. Lévy-Ullmann s'adressant aux juristes français : « Dans le droit anglais, […] nous ne sommes pas chez nous, *nous ne nous sentons pas chez nous*, comme nous nous sentons toujours un peu chez nous dans tous les droits, même étrangers, qui ont subi la discipline du droit romain ; avec le droit anglais, nous n'arrivons pas à nous sentir dans notre maison, nous, des juristes ! » [120].

Inscrivant certains aspects de l'anglicité, elle-même fonction d'un complexe amalgame impliquant un sentiment d'identité nationale, religieuse, linguistique et géographique, la décision anglaise se situe dans la distance par rapport à la loi dont elle n'offre qu'une lecture méta-grammaticale indiquant que le texte éminent doit être compris à l'aune des objectifs de politique juridique tels qu'entendus par le juge à la lumière des faits de l'espèce. Dès lors, la décision judiciaire se présente comme un lieu de production labile des diverses solutions juridiques autorisées par un texte éminent qui se voit contextualisé de part en part d'après des arguments méta-grammaticaux, notamment factuels. C'est dire que la signification profonde de la décision anglaise réside en ce qu'elle constitue un acte de gouvernementalité inscrit dans les contingences factuelles qui, en raison de son caractère idiographique, célèbre les particularismes et stigmatise la conformité à l'unitaire. À sa manière casuelle et flottante, le jugement anglais typique *est* le droit et il l'est indépendamment de toute loi au statut de laquelle il n'aspire en rien. En France, la décision intervient, malgré tout, comme de l'intérieur de la loi. Elle se voit participant étroitement de la loi ; elle se veut, en quelque sorte, être la loi. Suspendue à la présence de la loi, mode fondamental de retour au texte de la loi, elle se fait essentiellement centripète. Ainsi la décision judiciaire ne serait rien d'autre qu'un lieu de production stable des solutions juridiques impliquées par la loi. C'est dire que la signification profonde de la décision française réside dans le fait qu'elle s'affiche comme constituant un acte de gouvernementalité intrinsèquement constant sur le plan interprétatif, lequel veut s'apparenter à une intervention législative au moyen d'un caractère nomothétique que vient appuyer le recours au modèle syllogistique tant sur le plan matériel que formel – je songe ici à l'étau des formes solennisées, ritualisées, en usage à la Cour de cassation, celles qui concourent à consacrer la suprématie du texte législatif et dont la brièveté vient encore accuser le primat de la loi. La cour reconnaît que, dans un droit dont l'ontologie est législative, il n'y a que la loi qui compte. Aussi le juge entreprend de faire sa propagande afin de donner, de façon conjuratoire, une autorité externe et institutionnelle à une décision autrement dépourvue d'autorité en l'absence de toute autorité intérieure : son jugement sera comme la loi, il sera aussi un peu – peut-être même asymptotiquement – la loi, il sera la loi approchée, il *en* sera, et ce, jusque dans son langage dont la sobriété, la noblesse, l'*apodicticité* viennent mimer la loi. Aspirant à l'unité fondamentale avec la loi, à l'harmonie platonicienne ultime, au monisme, la décision judiciaire française célèbre la loi et son sens obvie (même l'arrêt qui choisit/feint d'ignorer le texte de loi n'en est pas moins sobre, noble et apodictique). Participant d'un processus d'idéation qui le convie à un constant effort de redressement, le jugement maintient le droit hors de l'empirie, là où il est lisse, donc digne. Ce faisant, la cour ne fait pas qu'exprimer de la normativité : elle fabrique de la francité. Ce n'est dès lors que si l'on refuse d'envisager une décision judiciaire comme formation culturelle – bref, ce n'est que si l'on adopte une vision étriquée et instrumentaliste du droit autorisant le tracé de frontières saillantes entre les questions « juridiques » et les autres –, que l'argument en faveur de la convergence des traditions juridiques peut être défendu au motif, par exemple, que la jurisprudence aurait récemment pris de l'ascendant dans les droits romanistes.

## Notes

[1] *Méditations cartésiennes*, trad. Gabrielle Peiffer et E. Levinas, Vrin, 1992, § 49, p. 175, [1931]. J'ai modifié la traduction. Cf. M. Blanchot, *L'Ecriture du désastre* Gallimard, 1980, p. 46, « L'autre au *lieu* de moi ». [c'est l'auteur qui souligne]
[2] Cf. Heidegger, *Être…*, § 32, trad. Vezin, p. 197 ; trad. Martineau, p. 132. : *« Le sens est ce sur quoi ouvre la projection structurée par les préalables d'acquis, de visée et de saisie et en fonction de quoi quelque chose est susceptible d'être entendu comme quelque chose »* : [c'est l'auteur qui souligne]
[3] V. P. Lacoue-Labarthe, *La Poésie comme expérience* C. Bourgois, 1986, p. 90. : « [D]ès que de l'autre survient, se détachant du même, le même, à l'avance, l'a déjà repris et ramené à lui. Il est impossible de penser une pure déliaison. L'altérité est, dans son essence, contradictoire »
[4] Cf. M. Proust, *À la recherche du temps perdu* J.-Y. Tadié (dir.), IV, Gallimard, 1989, p. 8 [†1925] : « Pour se représenter une situation inconnue l'imagination emprunte des éléments connus et à cause de cela ne se la représente pas »
[5] Cf. Derrida, *Politiques…* p. 84. : « Si "nouveau" signifie toujours, encore et encore, encore *de nouveau* la pulsion d'appropriation, la répétition de la *même* compulsion à s'approprier […], qu'est-ce qui peut encore arriver de nouveau ? De nouveau ? Qu'est-ce qui reste à venir ? » [c'est l'auteur qui souligne]
[6] Le soi fait toujours déjà état d'une irréductible altérité qu'on a pu appeler l'« inconscient » (c'est ainsi, au premier chef, que « [j]e est un autre » : A. Rimbaud, [Lettre à P. Demeny], dans *Œuvres complètes* A. Adam [dir.], Gallimard, 1972, p. 250 [1871]). V. généralement M. Gauchet, *L'Inconscient cérébral* Éd. du Seuil, 1992. Cf. *infra*. Il y aurait un inconscient juridique. V. Legendre, *L'Empire…* p. 21. : « L'inconscient lui aussi est juriste »
[7] *E.g.* : P. Winch, dans *Am. Philosophical Quart* 1964, p. 307-324. Le néologisme est de J. Derrida et renvoie, outre à l'impossibilité d'un arraisonnement de l'autre, à l'impossibilité d'une fermeture à l'autre
[8] « [S]i nous pouvons *en* parler, nous pouvons comparer » : Charlotte Girard, dans *Comparer les droits, résolument* P. Legrand (dir.), puf, 2009, p. 316 [c'est l'auteur qui souligne]
[9] V. Deleuze et Guattari, *Mille plateaux…* p. 15, : « Nous n'avons pas d'unités de mesure, mais seulement des multiplicités ou variétés de mesure ». *Contra* : Zweigert et Kötz, *Einführung…* p. 8, et 46.
[10] *Enquêtes sur la vérité et l'interprétation*, trad. P. Engel, Éd. Jacqueline Chambon, 1993, p. 267-289 [1974]
[11] *JO*, 17 mars 2004, p. 5190 ; [2006] 1 rcs 256.
[12] Cf. Rorty, *L'Homme spéculaire…* p. 384. : « [N]ous *ne disposons d'aucun* langage pouvant servir de matrice neutre permanente, au sein de laquelle on pourrait formuler toutes les hypothèses explicatives recevables, et nous n'avons pas la moindre idée quant à la manière d'en construire un » [c'est l'auteur qui souligne]
[13] MacIntyre, *Quelle justice ? …* p. 376. Pour un autre cas d'incommensurabilité, v. *Lawrence* v. *Texas*, 539 US 558 (2003) et *Dudgeon* v. *Royaume-Uni*, cedh, 22 octobre 1981, série A, n° 45. À ce sujet, v. P. Legrand, dans *J. Comp. L.*, 2006, p. 365-460.
[14] *L'Entrée en démesure*, J. Corti, 1995, p. 63.
[15] V. Bauman, *Postmodern Ethics…* p. 47-53, et 69-74.
[16] E. Levinas, *Dieu, la mort et le temps* J. Rolland (dir.), Grasset, 1993, p. 11 [1976]
[17] *Id.*, *Totalité…*, p. 77.
[18] *Id.*, *Autrement qu'être…*, p. 188.
[19] *Id.*, *Totalité…*, p. 65 [c'est l'auteur qui souligne].

[20] *Id.*, p. 43. L'autre est « excession » : *Id.*, *Entre nous*, Grasset, 1991, p. 105.
[21] *Id.*, *Totalité…*, p. 65.
[22] *Id.*, *Autrement qu'être…*, p. 18.
[23] *Id.*, p. 32.
[24] L'échec de cette opération est inscrit dans sa structure même, car on ne peut éliminer que ce qui est advenu, même si on le rejette : cf. J. Derrida, *Adieu* Galilée, 1997, p. 160.. Quand tel *Handwerker* seigneurial écrit du droit anglais qu'il a un caractère européen, l'impérialisme qui fonde son projet d'appropriation sanctionne l'apparoir même d'une anglicité dont il prétend pourtant qu'elle n'existe pas. Relire d'urgence A. Machado, *supra*
[25] Levinas, *Totalité…*, p. 281.
[26] V. généralement K. Løgstrup, *The Ethical Demand*, trad. T. Jensen, Notre Dame up, 1997 [1956]
[27] Derrida, *L'Ecriture…*, p. 202.
[28] Levinas, *Entre nous…*, p. 103.
[29] *Id.*, *Dieu…*, p. 184.
[30] V. Bauman, *Postmodern Ethics…* p. 74-81, et 85-92.
[31] Levinas, *Autrement qu'être…*, p. 24.
[32] V. Bauman, *Postmodern Ethics…* p. 74-81. Souscrire à l'architectonique d'E. Levinas, n'implique pas qu'on se rallie au versant théologique de sa construction. Les idées de « passivité », de « souffrance », d'« expiation », de « culpabilité », de « persécution » relèvent d'un « ton kérygmatique » et du « terrorisme verbal » : v. P. Ricœur, *Autrement* puf, 1997, p. 20, et 26. V. généralement R. Lellouche, *Difficile Levinas*, Éd. de l'Éclat, 2006.
[33] Derrida, *Le Monolinguisme…*, p. 116.
[34] *Id.*, *Points de suspension*, Elisabeth Weber (dir.), Galilée, 1992, p. 147.
[35] Le racine grecque « διαλεγω », d'où vient le latin *« differo »*, source du français « différence », signifie aussi « supporter » : v. Françoise Dastur, *Philosophie et différence*, Éd. de la Transparence, 2004, p. 23-24.
[36] J. Merryman, dans *New Perspectives for a Common Law of Europe*, M. Cappelletti (dir.), Sijthoff, 1978, p. 195.
[37] Merleau-Ponty, *Le Visible…* p. 1708. V. généralement S. Moyn, *Origins of the Other* Cornell up, 2005, p. 62-63, et 28-29.
[38] J. Lacan, dans *Ornicar ?*, hiver 1975, p. 20.
[39] *Ibid.*
[40] A. Badiou, *L'Ethique*, Nous, 2003, p. 42-43, 45-46.
[41] G. Tarde, *Monadologie et sociologie*, dans *Œuvres* É. Alliez (dir.), I, Institut Synthélabo, 1999, p. 73 [1893]
[42] Je démarque Garelli, *L'Entrée…* p. 59-60, et 106-107.
[43] G. Deleuze, *Différence et répétition*, puf, 1968, p. 38.
[44] 2e éd., Institut international pour l'unification du droit privé, 2004, p. xv.
[45] J. Bollack, *Sens contre sens*, La Passe du Vent, 2000, p. 179-180.
[46] R. Robertson, dans *Global Modernities* M. Featherstone *et al.* (dir.), Sage, 1995, p. 25-44. Pour un argument selon lequel un discours global est impuissant à influencer une communauté juridique s'il ne transite pas par la culture, conçue comme espace de traduction et d'homogénéisation, c'est-à-dire comme schéma d'anticipation explicative visant à aplanir (en sa faveur) les aspérités suscitées par l'extranéité, et montrant que l'efficacité du global relève de son adéquation à la spécificité juridique locale attributive de sens et plus ou moins dissimulée (à la manière de la « lettre volée ») derrière des positivismes dominants, v. Legrand, dans *Harvard Int. L. J. …*p. 517-530. V. généralement M. Abélès, *Anthropologie de la globalisation* Payot, 2008 ; P. d'Iribarne, *Penser la diversité du monde*, Éd. du Seuil, 2008.
[47] Derrida, *L'Ecriture…*, p. 136.
[48] R. Gasché, *Of Minimal Things* Stanford up, 1999, p. 10.. Certes, à sa manière, le singulier, c'est aussi l'un. Mais cet « un »-ci est dépourvu de prétention réductrice
[49] R. Rorty, *Contingence, ironie et solidarité*, trad. P.-E. Dauzat, A. Colin, 1993, p. 15 [1989]
[50] J. Habermas, *Droit et démocratie*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, 1997, p. 306, [1992]. V. aussi K.-O. Apel, *Discussion et responsabilité*, trad. C. Bouchindhomme, *et al.*, I, Le Cerf, 1996, p. 69-89 [1987]
[51] A. Badiou, fait observer que la comparaison et l'universalisme constituent deux registres antithétiques : « Je ne crois pas beaucoup à la littérature comparée. Mais je crois à l'universalité des grands poèmes ». Il ajoute toutefois, révélant comment la confusion ne laisse pas facilement aller ses victimes, que « la "comparaison" peut être une sorte de vérification expérimentale de cette universalité » : *Petit manuel d'inesthétique* Éd. du Seuil, 1998, p. 75. Aux antipodes du comparatisme, v. aussi Dominique Schnapper, *La Relation à l'autre* Gallimard, 1998, p. 180. : « L'universel, […] c'est le principe régulateur qui préside à la comparaison des cultures et aux relations interculturelles »
[52] E. Levinas, dans *Revue des études juives*, CII, 1937, p. 139.
[53] Derrida, *Le Monolinguisme…* p. 43. V. aussi *Id.*, *Donner le temps*, I : *La Fausse monnaie*, Galilée, 1991, p. 76.
[54] *E.g.*: M. Sahlins, *How « Natives » Think* Univ. Chicago Press, 1995, p. 169. : « L'"objectivité" est culturellement constituée »
[55] « L'esprit nouveau et les poètes », dans *Œuvres en prose complètes* P. Caizergues et M. Décaudin (dir.), II, Gallimard, 1991, p. 946 [†1918]
[56] B. Latour, *Changer de société – Refaire de la sociologie*, trad. N. Guilhot, *La Découverte* 2006, p. 263 [2005]
[57] *Id.*, p. 297.
[58] J. Jackson, *La Poésie et son autre*, J. Corti, 1998, p. 101.
[59] J. Garelli, *Lieux précaires*, Mercure de France, 1972, p. 20.
[60] P. d'Iribarne, *et al.Cultures et mondialisation* Éd. du Seuil, 1998, p. 324. Lorsque l'éminent juge anglais E. Coke, écrit que « la raison est la vie du droit », il ajoute qu'il vise une raison « artificielle », produit d'« un long travail, de l'observation et de l'expérience » : *Inst.*, I, § 138 [1629]
[61] Cette traduction du texte romain rédigé en grec est de P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999, p. 106-108.
[62] *E.g.* : *Id.*, *L'Amour du censeur…* ; Supiot, *Homo juridicus…*
[63] P. Legendre, *Les Enfants du texte*, Fayard, 1992.
[64] Il n'hésite donc pas, au mépris de l'*ethos* comparatiste en lutte contre la self-suffisance, à se livrer à une *défense* de son droit national. *E.g.* : Association Henri-Capitant, *Les Droits de tradition civiliste en question* Société de législation comparée, 2006, p. 79-111. Cf. Legendre, *L'Amour…* p. 20, où l'auteur évoque « la soudure des groupes humains à leur dressage traditionnel »
[65] « Étrangetés », dans *Œuvres…* p. 333, [1941]. Dans le champ des études juridiques comparatives, l'un des monuments à l'ambition transcendantale demeure *Formation of Contracts : A Study of the Common Core of Legal Systems* R. Schlesinger (dir.), I, Oceana, 1968, p. 9, où le maître d'œuvre indique qu'il veut formuler un consensus entre les droits étudiés « en termes de règles précises et étroites ». Ainsi la comparaison pratiquée à l'aune du soi-disant *« common core »* juridique « se saisit de domaines de droit vivant, leur brûle la peau, draine leur sang et les réduit à des ossements » : L. Friedman, *A History of American Law*, 2e éd., Simon & Schuster, 1985, p. 676.

[66] « L'esprit nouveau… », p. 946.
[67] B. Binoche, *Introduction à De l'esprit des lois de Montesquieu* puf, 1998, p. 91 [c'est l'auteur qui souligne]
[68] Cf. Legrand, *Fragments…*
[69] Cf. Blanchot, *L'Entretien…*, p. 526
[70] J. Derrida, *Donner la mort*, Galilée, 1999, p. 77.
[71] Cf. J.-F. Lyotard, *Le Différend* Éd. de Minuit, 1983, p. 260, : « Le seul obstacle insurmontable auquel se heurte l'hégémonie du genre économique, c'est l'hétérogénéité des régimes de phrases et celle des genres de discours, c'est qu'il n'y a pas “le langage” et “l'être” mais des occurrences ». Sur l'importance du cadre institutionnel en matière d'analyse économique, v. D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge up, 1990.
[72] J. et Jean Comaroff, *Ethnography and the Historical Imagination*, Westview, 1992, p. 27.
[73] V. S. Gruzinski, *La Pensée métisse* Fayard, 1999, *passim*, où l'auteur offre à la réflexion un vers du poète brésilien Màrio de Andrade écrit en 1922 – *« Sou um tupi tangendo um alaúde »* – qui convoque et l'identité brésilienne et l'instrument européen
[74] Starobinski, *La Relation…* p. 52. Cf. P. Larkin, « The Importance of Elsewhere », dans *Collected Poems* Faber & Faber, 1988, p. 104 [1955]
[75] E. Said, *On Late Style*, Random House, 2006, p. 7.
[76] *De la grammatologie…*, p. 202 [c'est l'auteur qui souligne].
[77] J. Derrida, *Limited…* p. 253. Cf. J. Milet, *Ontologie de la différence*, Beauchesne, 2006.
[78] V. P. Legrand, dans *Comparative Legal Studies…*, p. 240-311.
[79] *E.g.* : J. Derrida, *La Vérité en peinture* Flammarion, 1978, p. 429. : « [Comparer ?] Encore faut-il qu'une différence le permette »
[80] « Nouveaux essais sur l'entendement », dans *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz*, C. I. Gerhardt (dir.), V, G. Olms, 1960, p. 49 [1882]. Certes, on pourrait dire que, toutes choses étant singulières les unes par rapport aux autres, elles sont, eu égard à cette qualité, semblables – ce qui offrirait un excellent exemple de la volonté de maintenir à tout prix l'argument selon lequel il faut organiser l'« il y a » autour de l'idée de « mêmeté »
[81] Ainsi, il n'y a pas lieu de parler de transfert de droit tant qu'il n'y a pas eu transfert de sens. Or, quoiqu'« un signe écrit comporte une force de rupture avec son contexte » (Derrida, *Marges…*, p. 377), le sens d'un droit est intransférable, car il renvoie toujours à une situation sémio-culturelle singulière : un droit est *là*. *E.g.* : comparer le *« plea bargain »* américain et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité française. V. P. Legrand, dans *Maastricht J. Euro. & Comp. L,* 1997, p. 111-124. V. aussi G. Teubner, dans *Modern L. R*, 1998, p. 11-32. Cf. Derrida, *Positions*…, p. 31 : « Nous n'aurons et n'avons en fait jamais eu affaire à quelque “transport” de signifiés purs que l'instrument – ou le “véhicule” – signifiant laisserait vierge et inentamé, d'une langue à l'autre ».
[82] Cf. Heidegger, *Être…*, § 39, trad. Vezin, p. 232 ; trad. Martineau, p. 154.
[83] Cf. Merleau-Ponty, *Le Visible…* p. 1731, qui écrit que l'expérience n'est pas d'abord adéquation des choses et de notre esprit, mais « repérage » de « leur différence à l'égard de nos normes »
[84] Derrida, *L'Écriture…* p. 218. : « Une parole qui se produirait sans la moindre violence […] ne dirait rien ». Puisqu'il ne saurait y avoir de non-violence à partir du moment même où il y a l'*articulation* (*Id.*, p. 219 [c'est l'auteur qui souligne]), on ne peut jamais choisir que la moindre violence
[85] *L'Archéologie du savoi*, Gallimard, 1969, p. 21.
[86] *Minima moralia*, trad. Eliane Kaufholz et J.-R. Ladmiral, Payot, 1980, § 66, p. 99, [1951] (c'est moi qui souligne)
[87] J. Lacan, *Le Séminaire* J.-A Miller (dir.), II,Éd. du Seuil, 1978, p. 196, [1954-1955]
[88] V. M. Serres, *Éloge de la philosophie en langue française* Fayard, 1995, p. 270. : « Le multiple propage l'angoisse et l'unité rassure »
[89] V. P. Feyerabend, *Adieu la raison*, trad. B. Jurdant, Éd. du Seuil, 1989, p. 138 [1987]
[90] G. Petitdemange, dans *La Différence comme non-indifférence*, A. Münster (dir.), Kimé, 1995, p. 32.
[91] Tarde, *Monadologie…*, p. 72.
[92] T. W. Adorno, *Dialectique négative*, trad. G. Coffin, *et al.*Payot, 1992, p. 121 [1966]
[93] J. Derrida, *L'Autre cap* Éd. de Minuit, 1991, p. 16 [c'est l'auteur qui souligne]
[94] W. Menski, traite de l'« agonie mentale » du comparatiste face aux « défis » qui se posent à ses notions préconçues conduisant parfois à leur « effondrement » : *Comparative Law in a Global Context*, 2e éd., Cambridge up, 2006, p. 69.
[95] Chez J. Lacan, il y a l'antagonisme constitutif au cœur de l'identité qui vise l'Autre au lieu de l'autre. On peut trouver que la contribution de l'autre est enrichissante (on songe à la culture de l'autre ou à sa langue), tout en opposant, notamment sur le plan politique, une résistance farouche au pluralisme. C'est qu'il y a l'Autre, foncièrement inhumain – donc impersonnalisable ou obstinément abstrait – et ineffaçable. Si l'individu peut en arriver à une atténuation de la béance qui le sépare de l'autre, sa relation avec l'Autre est insusceptible de ce genre d'aménagement. C'est d'ailleurs cette irréductibilité de l'Autre qui fonde la conception psychanalytique de l'inconscient : « [L]'inconscient, c'est le discours de l'Autre » (*Écrits…*, p. 16 [c'est l'auteur qui souligne]). Cet Autre, c'est l'Autre symbolique qui entame la subjectivité de l'individu, qui le prive de sa jouissance. Et cet Autre symbolique, c'est l'ordre du langage qui s'organise en vertu de ses articulations internes dans une dimension à part l'individu, dont l'individu est exclu (quoiqu'il y soit représenté, ainsi par le pronom « je »), mais par lequel l'individu se construit : « Les symboles enveloppent en effet la vie de l'homme d'un réseau si total qu'ils conjoignent avant qu'il vienne au monde ceux qui vont l'engendrer “par l'os et par la chair”, qu'ils apportent à sa naissance avec les dons des astres, sinon avec les dons des fées, le dessin de sa destinée » (*Id.*, p. 279). Examinons des traces de l'Autre, cette pseudo-personne dont nous vient le langage (v. *Id.*, p. 9). La frustration du désir est marquée par une impossibilité primordiale en ce que la parfaite coïncidence entre le désir et son objet relève du mythe : il y a incapacité pour l'individu d'exprimer ce qu'il veut dire. Ainsi l'autonomie de l'individu est menacée. Et ceci, parce que tout doit passer « par les défilés du signifiant » (*Id.*, p. 628). V. généralement J. Lacan, *Le Séminaire* J.-A. Miller (dir.), XVI, Éd. du Seuil, 2006 [1968-1969]. C'est parce que le soi confond l'Autre avec l'autre qu'il en arrive à croire que c'est l'autre qui l'a privé de ce qui lui manque et à éprouver du ressentiment à son endroit. Alors que c'est la langue qui est en cause, l'individu en arrive à penser que c'est l'autre qu'il doit blâmer. (Il faudrait débattre de la dimension universelle prêtée à l'Autre par J. Lacan.)
[96] S. Mallarmé, « Quelques médaillons et portraits en pied », dans *Œuvres complètes* B. Marchal (dir.), II, Gallimard, 2003, p. 138 [1892]
[97] Levinas, *Autrement qu'être…*, p. 202.
[98] *Id.*, p. 201.
[99] Selon M. Heidegger, « la proximité est quelque chose d'essentiellement autre qu'un nivellement banal des différences », *Qu'appelle-t-on penser ?…*, p. 233.
[100] Il faut éprouver le « théorème de Gerber », selon lequel plus un texte fait autorité en droit (et plus il y est valorisé à titre d'émetteur d'informations fiables concernant ce droit même), moins il se révèle utile à ceux qui cherchent à entendre ce droit à partir d'ailleurs : D. Gerber, dans *Ordinary Language and Legal Language*, Barbara Pozzo (dir.), Giuffrè, 2005, p. 41-59.
[101] Ces différences ont notamment trait au système de différences locales autour duquel s'articule un droit (« droit privé »/« droit public », « droit civil »/« droit commercial », « droit des biens »/« droit des obligations », « droit des biens corporels »/« droit des biens incorporels », etc.).

[102] *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, trad. A. Pons, Fayard, 2001, liv. I, XLVII, p. 102 [1744]
[103] M. Foucault, *Les Mots et les choses*, Gallimard, 1966, p. 68.
[104] M. Bloch, *Histoire et historiens* A. Colin, 1995, p. 130 [1933]
[105] Cf. Derrida, *L'Autre cap…* p. 75-77, : « Le *devoir* de répondre à l'appel de la mémoire européenne […] dicte de respecter la différence, l'idiome, la minorité, la singularité [… et] commande de tolérer et de respecter tout ce qui ne se place pas sous l'autorité de la raison ». Dans un autre ouvrage, le philosophe insiste sur le fait que « [c]ette responsabilité devant la mémoire est une responsabilité devant le concept même de responsabilité qui règle la justice et la justesse de nos comportements, de nos décisions théoriques, pratiques, éthico-politiques » : *Force de loi…*, p. 45. *Adde* : M. Crépon, *Altérités de l'Europe* Galilée, 2006, p. 205, : « L'Europe devrait se souvenir qu'elle n'a de sens que reconduite aux altérités qui la travaillent depuis toujours ». *E.g.* : P. Legrand, dans *Int. & Comp. L Quart*, 1996, p. 52-81.
[106] V. respectivement Zweigert et Kötz, *Einführung…* p. 39 ; B. Markesinis, dans *Euro. R. Private L.*, 1997, p. 520.
[107] G. Frankenberg, dans *Harvard Int. L. J.*, 1985, p. 453.
[108] Cf. H. Gutteridge, *Comparative Law* 2e éd., Cambridge up, 1949, p. 91. : « Un comparatiste anglais doit résister à la tentation d'aborder l'étude d'un problème dans les droits romanistes au moyen de décisions de jurisprudence »
[109] Cela n'est pas dire qu'il doit y avoir accord entre l'observateur et l'observé.
[110] V. P. Goodrich, *Œdipus Lex* Univ. California Press, 1995, p. 41-67. et *passim*
[111] M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* 5e éd., J. Winckelmann (dir.), II, J. C. B. Mohr, 1976, p. 456 [†1922]
[112] P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, 6e éd., puf, 1992, p. 736.
[113] Pour un argument selon lequel une « culture du fait » se serait façonnée en droit pour ensuite se disséminer dans d'autres domaines puis influencer l'ensemble des habitudes de pensée des Anglais, v. Barbara Shapiro, *A Culture of Fact*, Cornell up, 1999.
[114] *Temps difficiles [Hard Times]*, trad. A. Vaillant, Gallimard, 1985, p. 21 [1854]
[115] G. Samuel, *Epistemology and Method in Law* Ashgate, 2003, p. 104. Sur l'absence de « règles » en *common law* anglais, v. P. Legrand, dans *Themes in Comparative Law. In Honour of Bernard Rudden*, P. Birks et Arianna Pretto (dir.), Oxford up, 2002, p. 21-33.
[116] Pour un examen de la spécificité épistémologique du *common law*, v. P. Legrand et G. Samuel, *Introduction au* common law, La Découverte, 2008.
[117] *Re T. (A Minor)*, [1997] 1 WLR 242 (CA) 254 (le juge Waite). En *common law*, la fixation du sens d'une décision judiciaire « doit toujours être différée jusqu'à ce que le crépuscule tombe sur le dernier des jugements à venir » : Rosenfeld, *Les Interprétations…*, p. 38. J'ai modifié la traduction.
[118] S. Beckett, *Proust*, dans *Proust and Three Dialogues* J. Calder, 1965, p. 78 [1931]
[119] *The Silence of Constitutions*, Routledge, 1989, p. 114. *E.g.* : *Fitzpatrick* v. *Sterling Association Ltd*, [2001] 1 AC 27 (HL). Comparer avec Civ. 3e, 17 décembre 1997, D.1998.111, concl. Weber, note Aubert.
[120] *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain ?* lgdj, 1919, p. 11, [c'est l'auteur qui souligne]. La pléthore de textes législatifs *(« statutes »)* ne modifie guère la situation. Ceux-ci sont rédigés dans un style qui, loin de s'écarter de la tradition de *common law* ou d'y contrevenir, la rappelle par ses dispositions précises et laborieuses: v. W. Murphy, *The Oldest Social Science ?* Oxford up, 1997, p. 98. La profondeur de la différence irréductible entre les mentalités romaniste et de *common law* se révèle d'ailleurs encore plus nettement lorsqu'on aborde celles-ci comme deux moralités. À cet égard, la distinction établie par le philosophe anglais M. Oakeshott, entre les deux principales formes de moralité rendant compte de la vie morale du monde occidental – l'une fondée sur la règle, l'autre sur l'habitude – se fait particulièrement féconde : *Rationalism in Politics* Methuen, 1962, p. 61-70. Sans prétendre que l'emploi du masculin permettrait à lui seul de saisir le *common law* dans sa quiddité, cet usage rend beaucoup plus aisé au juriste francophone l'entendement de la différence primordiale qui marque le fossé épistémologique séparant les traditions romaniste et de *common law* dans la constitution de leurs identités juridiques mêmes. Parce qu'il contribue à produire un effet de sens selon lequel *common law* = droit, le recours au genre masculin véhicule une conception du différend qui souligne que la tradition de *common law* se refuse à être, elle, un univers de la loi. V.Legrand et Samuel, *Introduction…*, p. 10-14.

# Chapitre V

# Omissions

Selon M. Weber, « une comparaison authentiquement critique peut être à la fois digne d'éloges et fructueuse pour autant qu'elle ne se fixe pas le but de courir après des "analogies" et des "parallèles" à l'instar des constructions de schèmes généraux de développement aujourd'hui à la mode » [1]. Telle comparaison émancipatrice, pratiquée par tel comparatiste libéré des clôtures corporatives, dépendrait d'un examen de certains thèmes directeurs, dont ceux qui ont été abordés dans ce livre. Puisqu'il s'agit de ce dont la recherche comparative est comptable, d'autres topiques relevant de la « boîte noire » de la comparaison auraient mérité d'être évoquées, chacune répondant à l'interrogation de P. Klossowski : « Comment restituer au singulier, à l'inéchangeable, au mutisme les attributs de la puissance, donc de la santé, de la souveraineté – dès lors que le langage, la communication, l'échange ont attribué à la *conformité grégaire* ce qui est sain, puissant, souverain ? » [2].

Il aurait fallu parler du pouvoir, c'est-à-dire de la comparaison des droits en tant que cratologie. Comment le comparatiste ne s'interrogerait-il pas : qui, à travers le texte du droit, exerce le pouvoir et sur qui ? Qui se voit refuser l'accès au pouvoir et à quel prix ? Quels intérêts sont servis par le discours juridique tel qu'il est défini, limité et imposé ? Seules les réponses à ces questions devront permettre au comparatiste de donner une voix, à travers la sienne, aux minorités, aux marginaux, aux exclus qui constituent eux aussi, et tout autant que l'orthodoxie qui les relègue à l'arrière-plan, ce droit auquel s'attarde l'observateur placé en son pourtour (et permettent, par ailleurs, de prononcer sur cette *doxa* même). Posons que la pensée se fait plus riche aux frontières de l'institution, qu'un droit se lit davantage *fructueusement* dans ses marges qu'en son centre – donc dans ses essais plutôt qu'en ses traités –, et disons que le comparatiste voudra faire une place significative aux *autres* lectures du droit de l'autre [3].

Par ailleurs, il aurait fallu aborder la langue et, en particulier, la traduction des droits – manifestation choisie de la négociation entre le même et l'autre –, ne serait-ce que pour déloger la traduction de son statut ancillaire et démontrer que s'y joue intégralement le rapport du comparatiste à l'autre du droit [4]. Renvoyant à ce que l'individu appelle « sa » langue et qui n'est pourtant pas la sienne [5], la question de Borges s'adresse, lancinante, au comparatiste : « Toi, qui me lis, es-tu sûr de comprendre ma langue ? » [6]. C'est que la traduction est mise en œuvre de la différence [7]. Or *tout* travail sur un texte étranger comporte un travail de traduction – lequel suppose un pré-entendement, car on ne peut traduire que ce que l'on entend, sauf que pour entendre quoi que ce soit il faut bien avoir traduit [8] ! Ce faisant, la traduction entraîne un travail de critique, ne serait-ce que parce qu'elle nécessite une politique du sens puisant à une « compétence péri-linguistique » [9], celle-ci permettant, *via* le jeu des échos para-sémantiques, de rendre *« Civil War »* par « guerre de Sécession ». L'un des premiers académiciens arguait de la nécessité d'un « fonds de doctrine suffisant pour sortir heureusement d'une […] traduction » et montrait comment le traducteur de Plutarque en français avait failli à la tâche à cause de ses connaissances lacunaires en littérature, en histoire, en sciences naturelles, en mathématiques, en musique et en géographie [10]. Ainsi la traduction met en jeu non pas tant des mots que des signifiés. Et traduire implique aussi un travail sur la langue d'accueil, puisqu'il faut y faire entendre la voix insolite de l'altérité [11]. A. Berman parle ainsi à juste titre d'« une *éducation à l'étrangeté* » [12]. Bref, à la traduction, « il faudra substituer une notion de *transformation* : transformation réglée d'une langue par une autre, d'un texte par un autre » [13]. Parce que « [l]e texte est trois fois historique, par la culture à laquelle il se rattache, par l'horizon concret et identifiable dans lequel il s'est inscrit et ensuite par la somme des différences qui le distingue » [14], parce que le comparatiste devra composer soit avec un certain degré d'entropie (une déperdition d'information dans le passage de la langue de départ à la langue d'arrivée), soit avec un phénomène d'incrémentation (un ajout de la langue d'arrivée à la langue de départ) [15], parce que la pratique de la traduction est décalage, il convient, par-delà toute pragmatique de la communication, de rappeler l'injonction de J. Derrida : « Ce qui me guide, c'est toujours l'intraductibilité » [16]. « Pierre » n'est pas « Peter » [17].

En outre, il aurait fallu approfondir le thème de la vérité. Sans réduire un droit à une entité close (la singularité n'est pas l'hermétisme) et tenant compte de ce que chaque configuration juridique connaît des permutations incessantes, il demeure que des droits, manifestations culturelles, s'opposent dans leur différence. Et c'est le *fait* de cette diversité qui doit empêcher l'un quelconque des droits de prétendre à la « vérité ». Il n'y a pas de droit vrai. Il n'y a pas de droit qui pourrait être envisagé comme étant « dans le vrai », c'est-à-dire de droit qui serait « exact » ou « correct », de droit qui serait donc meilleur que d'autres, ces autres droits faisant dès lors « fausse route ». Chaque droit est infailliblement local et, ce faisant, justifié au regard de la singularité culturelle dans laquelle il est enchâssé : « Nul lieu que l'unique » [18]. Ce qui doit signifier que la notion de « vérité » ou d'« exactitude » ou de « correction », autant d'idées qu'une longue tradition philosophico-juridique a obséquieusement *fixées*, se trouvent elles aussi, culturellement situées. Au lieu qu'elles se forment au moyen d'un processus méta-rationnel incontestable, la « vérité » et ses notions assimilées sont le fruit d'une *enculturation*. Un droit n'est vrai ou faux, bien ou mal, que par rapport à sa propre culture [19]. Et même si, *concessio non dato*, tel droit était « vrai » en soi, comment un observateur, nécessairement situé, pourrait-il accéder à cette « vérité » ? Le discours de la comparaison « pure » et indépendante [20], disjointe de tout régime de valeurs, socialement « neutre » [21], les comparatistes de la *doxa* se le sont créé de toutes pièces. Or il en va de la comparaison des droits comme du droit lui-même : elle est située. Et ce n'est pas qu'une comparaison située soit une « mauvaise » comparaison, car affirmer cela signifierait qu'il est possible de faire de la comparaison « en l'air », ce qui n'est pas le cas. Bien plutôt, il faut limiter au moyen d'une clause relativisante la portée de toute assertion portant sur le droit. Au nom du principe d'interprétation charitable qui commande reconnaissance et respect de l'autre, le comparatiste français ne saurait affirmer que le droit français est « meilleur » que le droit californien en raison de ce qu'il aurait, lui, aboli la peine capitale. Il ne saurait retenir que le droit français est « dans le vrai » alors que le droit californien ferait « fausse route ». Au mieux, il pourrait proclamer l'inadéquation du droit californien *selon le discours qui prévaut dans la « communauté » juridique française*. Avant l'addition de la clause, l'énoncé du comparatiste français se serait fait inadmissiblement ethnocentrique (le terme étant ici entendu dans une acception allant par-delà l'*« ethnos »*). La clause relativisante joue un rôle correctif qui permet d'ajuster un énoncé au fait du pluralisme juridique. Elle met la francité entre parenthèses, elle la suspend, opérant ce que les phénoménologues appellent l'*« époké »*. Bref, la clause vient prescrire au comparatiste *comment* penser d'une manière plus circonspecte et ainsi plus juste. Elle vient lui rappeler qu'« on heurte de front le sens de toute interprétation quand on se persuade qu'il y aurait une interprétation qui ne serait pas celle d'un point de vue, c'est-à-dire qui pourrait être absolument valable » [22]. Selon le mot de Nietzsche, « [c]'est *grâce* à la pensée qu'il y a du *non-vrai* » [23]. Autrement dit, la clause lui remet en mémoire que l'entendement s'organise selon une « structure de préalable », qu'il intervient inévitablement un « pré-entendement ». Lorsque le comparatiste français entend le droit californien, il le fait d'après son pré-entendement : il a, pour ainsi dire, toujours déjà jugé. Du moins doit-il être possible de faire cas de la reconnaissance et du respect irrépressibles dus à la phénoménalité singulière du droit, si sauvage celle-ci se révèle-t-elle être aux yeux du comparatiste : « Les dogmes condescendants de la vérité doivent faire place à des théories critiques du singulier » [24]. Cela n'implique pas que, selon le comparatiste français, tous les droits sont également valables, mais bien plutôt qu'aucun droit n'est valable « en soi », ou vrai, qu'un droit ne

s'inscrit pas dans la véridiction, qu'il n'est pas *véridique* (Foucault ne paraît pas dire autre chose lorsqu'il écrit qu'« il ne peut y avoir de vérité que dans la forme de l'autre monde et de la vie autre » [25]). Même si le comparatiste français souhaitait se transcender pour prétendre à une vue en surplomb lui permettant d'atteindre à une neutralité axiologique, il en serait ontologiquement incapable. Une réflexion « ne peut jamais faire que je cesse […] de penser avec les instruments culturels que m'ont préparés mon éducation, mes efforts précédents, mon histoire » [26]. La soi-disant « objectivité » étant toujours l'« objectivité » *de quelqu'un*, la spécificité d'un point de vue s'exprimant en ce lieu et en ce temps sera incontournablement présente en tant qu'« imminimisable minime minimum » interprétatif [27]. Or il n'y a pas lieu de regretter cette inscription, puisque, loin d'être en mesure de revendiquer un entendement plus riche en s'abstrayant de lui-même, le comparatiste français ne pourra prétendre à un entendement accru qu'en approfondissant sa contingence. C'est que la pensée qui se veut davantage lucide doit passer par une conscience approfondie du soi, non par une tentative de s'en échapper. L'impossibilité de transcendance ne signifie certes pas que le comparatiste français doive se condamner au « quiétisme » et entériner la peine capitale telle qu'elle a cours en Californie. Au contraire, il peut s'opposer à cet autre droit avec la dernière énergie et militer pour une réforme urgente – que ce soit, d'ailleurs, en Californie ou en Afghanistan ou en Chine [28]. Mais il ne saurait tenter de réfuter le droit local qu'au nom d'arguments dont il devra convenir qu'ils sont situés et dont il constatera rapidement que l'approbation ou la désapprobation n'est pas étrangère à leur capacité de persuasion transculturelle. En acceptant que « [l]a recherche d'une forme de [droit] qui serait acceptable par tout le monde – en ce sens que tout le monde devrait s'y soumettre – [serait] catastrophique » [29], le comparatiste permet d'inscrire une visée de fidélité à l'étrangeté de l'étranger sans pour autant se priver de son indignation légitime. Prendre son parti du relativisme juridique, s'y résigner (car il ne saurait être facile de se convaincre du caractère limitativement ethnocentrique de son point de vue) [30], c'est proclamer qu'un comparatisme post-métaphysique est possible et souhaitable [31]

Scène de la comparaison, l'écriture du comparatiste, ou le comparatisme en ses modalités scripturaires, méritait plus de place [32]. Nous savons que le comparatiste choisit les problématiques et les questions directrices de sa recherche, qu'il élabore une définition du champ d'analyse – bref, qu'il détermine ce qui va compter comme constituant du matériel à comparaison – qu'il procède à ce que M. de Certeau appelle une *« [mise] à part »* [33]. L'adaptation en écriture de l'observation apporte, par la suite, une autre forme d'irruption du soi comparant, car les modulations introduites par un narrateur dans son récit ne constituent pas des amendements arbitraires par rapport à ce qu'il a vu ou entendu. Rédigeant son journal, Flaubert témoigne du phénomène : « Entre le moi de ce soir et le moi de ce soir-là, il y a la différence du cadavre au chirurgien qui l'autopsie » [34]. Ce qui se trouve relaté relève de la réflexion sur l'expérience qui, périssable, a été et n'est plus. L'écrit, parce qu'il intervient nécessairement dans un temps postérieur au vécu, reste en tant que mémoire de l'irrécupérable, de ce qui ne peut pas être restauré *comme tel*, comme deuil donc. Ainsi « l'on n'écrit (ou ne décrit) jamais quelque chose qui s'est passé avant le travail d'écrire, mais bien ce qui se produit (et cela dans tous les sens du terme) au cours de ce travail, au *présent* de celui-ci » [35]. *Fictive* [36], venant compliquer l'ambigüité de la langue, l'écriture de la comparaison voudra faire sa place au citationnel qui, en ce qu'il constitue « l'accomplissement ultime du processus mimétique ou représentationnel » [37], valide et accrédite le discours de l'autre, donc produit de la fiabilité incise.

J'aurais voulu, aussi, évoquer comment, au « carrefour des séparations » [38], le comparatiste est seul, comment il lui faut payer de sa personne et comment plus il se montrera disposé à « payer » (et capable de le faire), plus sa comparaison aura vocation à se montrer parlante. « Ce qui donne à l'expérience sa valeur heuristique est la profondeur de l'ouverture, le degré de traumatisme auquel le chercheur atteint sans pour autant basculer de l'"autre côté" » [39]. La capacité maïeutique de la comparaison dépend de la faille, de la béance que le comparatiste est prêt à ouvrir dans son système référentiel.

« Toute comparaison est, préalablement, défectueuse », écrit Mallarmé [40]. La comparaison se constitue dans l'errance, à la fois en route et par erreur. Elle relève du non-savoir, de l'hypothèse. C'est ainsi que j'en reviens à l'idée de la comparaison *quand même*, de la comparaison *malgré tout* – celle qui reste en mesure d'indiquer quelques directions, de jeter quelques passerelles (« même si c'est parfois plutôt pour la perspective que pour la circulation » [41]). La seule problématique, c'est au fond la médiation, laquelle ne peut être pensée jusqu'au bout qu'à partir du moment où on a acquis la certitude qu'il n'y a pas de médiation, que toute médiation est un échec, qu'il n'y a que des sauts, des discontinuités, des ruptures, des fractures violentes, des trahisons aussi, de la *disrelation*. Que la comparaison se réfute ainsi elle-même, qu'elle s'affirme en s'auto-réfutant, n'a à entraîner ni récriminations ni ressentiment et n'a pas à provoquer une aspiration désespérée au silence. « En réalité, peu m'importent mes chances [de] *réellement* [comparer] (je veux bien qu'elles soient nulles). Seule brille, indestructible, la volonté de [comparaison] » [42]. Constater, d'abord avec effroi peut-être, que le droit de l'autre ne peut trouver dans la représentation un espace habitable contraint le comparatiste à ne pas le poser positivement sous la forme d'un représentable. Mais le comparatiste ne doit-il pas justement à l'autre de le prémunir de la représentation ? La fatalité dans laquelle est pris le comparatiste alors qu'il tente péniblement de détacher une parole seconde de l'amalgame de paroles premières que lui fournit un droit n'est-elle pas le salut de l'autre ? Si l'impossible de la comparaison, c'est la comparaison même, on ne devrait admirer que les comparatistes qui rendent la comparaison un peu plus impossible encore. Ainsi le comparatiste des droits doit-il « mieux rater » *(« [f]ail better »)* qu'il ne l'a fait [43].

C'est en disposant, dans les rouages de la grande machine positiviste qui nous abrutit de ses discours proliférants et pusillanimes, les grains de sable que constituent les comparaisons élaborées au regard de la sémiosphère juridique que la comparaison des droits peut être subversive ainsi qu'elle doit l'être. Le rôle premier de la comparaison des droits n'est pas d'être positive, de remédier à quelque chose. Sa vertu réside dans le travail du négatif inhérent à son entreprise de brouillage du sens positiviste infligé au droit et de mise à mal des usages conventionnels du droit. Apophatique, la comparaison demeure une dissidence passionnée et têtue contre l'orthodoxie instrumentaliste. Comparer n'est souvent rien davantage, ni rien de moins, que revêtir une parole instituée de l'efficace d'une négation [44]. La comparaison comme invention, en tant qu'opération d'imputation de sens, est toujours un processus de dégradation de la lettre du droit posé au profit du sens. Il y a ainsi dans la comparaison une nécessité de désapprentissage, de déconstruction. La comparaison désécrit, contrécrit et ré-écrit : elle inexprime l'exprimé sans, bien sûr, pouvoir exprimer l'inexprimable. Dans un travail sur Virginia Woolf, la comparatiste Gayatri Spivak écrit d'emblée que son essai « ne constitue pas nécessairement une tentative […] de nous conduire à une lecture correcte [de *To the Lighthouse*] » [45]. À quand des comparaisons des droits qui, faisant fi de la sécurité que procurerait la fixité référentielle, défendront la cause d'une autre textualité en commençant leur recherche sur le droit anglais de l'*« estoppel »* par une phrase qui pourrait ressembler à ceci : « Ce texte relatif au droit anglais de l'*estoppel* ne constitue pas nécessairement une tentative de nous conduire à une lecture correcte du droit anglais de l'*estoppel* ? ». À quand des comparatistes disposés à admettre qu'il n'y a pas de droit-hors-d'eux ?

Il faut précipiter une conclusion. Quoi ? Aller chaque jour au droit étranger et veiller sur sa différence, théoriser la recherche de l'autre droit et de l'autre-en-droit, soit, par exemple, récuser la position d'« objet » du droit étranger, résister à l'existence d'un sens invariant du texte de droit auquel on adviendrait méthodiquement, ainsi démonter les savoirs positifs. Puis, valoriser la singularité juridique (« [c]omme je te désire singulier », écrivait l'humaniste espagnol [46]), travailler avec acharnement à l'entendement du singulier, exalter les cultures juridiques en leur idiomaticité toujours irrépressible mais incessamment menacée et, parce qu'il y a plus d'un droit donc le différend, s'ouvrir aux *possibilités* qu'autorise la dissémination signifiante du juridique. Enfin, animé par la reconnaissance et le respect de l'autre-en-droit, se livrer aux investigations audacieuses, aux recensements téméraires, aux recoupements inattendus devant favoriser une justice mieux ressentie tributaire avant tout de l'*étoffe* de ceux qui prétendent s'y appliquer (cf. E. Levinas : « Il faut la justice, c'est-à-dire la comparaison » [47]), refuser, ainsi, la comparaison musarde, mécaniste, calculatrice, affairiste, faire du bruit, inventer du droit étranger, pratiquer une comparaison de l'effraction, re-dire, encore,

que la comparaison des droits sera culturelle ou ne sera pas.

## Notes

[1] *Agrarverhältnisse im Altertum*, dans *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* Marianne Weber (dir.), J. C. B. Mohr, 1924, p. 288 [1909]
[2] *Nietzsche…*, p. 118 [c'est l'auteur qui souligne].
[3] Pour un cas d'analyse du pouvoir dans le droit, v. P. Legrand, *Le Droit comparé*, puf, 1999, p. 51-56.
[4] Pour de lumineuses réflexions, v. Simone Glanert, *De la traductibilité du droit* Dalloz, 2011 ; *Id.*, dans *Comparer les droits, résolument* P. Legrand (dir.), puf, 2009, p. 279-311 ; *Id.*, dans *Rev. int. dr. comp.* 2006, p. 1231-1247. V. généralement P. Legrand, dans *Nation, Language, and the Ethics of Translation* Sandra Bermann et M. Wood (dir.), Princetonup, 2005, p. 30-50 ; *Id.*, dans *Paradoxes of European Legal Integration*, Hanne Petersen*et al.* (dir.), Ashgate, 2008, p. 185-233.
[5] V. Derrida, *Le Monolinguisme…* p. 13-14. Cf. S. Beckett, *L'Innommable* Éd. de Minuit, 1953, p. 166. : « [J]e suis en mots, je suis fait de mots, des mots des autres »
[6] « La bibliothèque de Babel », dans *Œuvres complètes* J.-P. Bernès (dir.), I, Gallimard, 1993, p. 498 [1941]
[7] *E.g.* : M. Blanchot, *L'Amitié*, Gallimard, 1971, p. 70-71.
[8] V. M. de Launay, *Qu'est-ce que traduire ?*, Vrin, 2006, p. 10.
[9] J.-R Ladmiral, *Traduire : théorèmes pour la traduction*, 2e éd., Gallimard, 1994, p. 61.
[10] C.-G. Bachet de Méziriac, *De la traduction* M. Ballard (dir.), Artois pu, 1998, p. 32 [1635]
[11] V. W. Benjamin, « La tâche du traducteur », dans *Œuvres*, trad. M. de Gandillac, I, Denoël, 1971, p. 261-275 [1923].*E.g.* : Chateaubriand, « Remarques à propos de la traduction de Milton », *Po&sie*, 1982/23, p. 113-114 [1836] : « [J]e n'ai pas craint de changer le régime des verbes lorsqu'en restant plus *français*, j'aurais fait perdre à l'original quelque chose de sa précision, de son originalité ou de son énergie […]. […] Du moins, le lecteur pénètre ici dans le génie de la langue anglaise ; il apprend la différence qui existe entre les régimes des verbes dans cette langue et dans la nôtre » [c'est l'auteur qui souligne]
[12] *La Traduction et la lettre ou l'auberge du lointain* Éd. du Seuil, 1999, p. 73 [c'est l'auteur qui souligne]
[13] Derrida, *Positions…* p. 31 [c'est l'auteur qui souligne]
[14] Bollack, *Sens contre sens…*, p. 98.
[15] V. J. Ortega y Gasset, « La reviviscencia de los cuadros », dans *Obras completas* 2e éd., VIII, Alianza Editorial, 1983, p. 493 [1946]
[16] *Le Magazine littéraire*, avril 2004, p. 26.
[17] V. Derrida, *Psyché…* p. 209. Parmi les nombreuses études relatives à la traduction différentielle, v., *e.g.*, F. Ost, *Traduire* Fayard, 2009 ; *The Translatability of Cultures* S. Budick et W. Iser (dir.), Stanfordup, 1996 ; *Translating Cultures* Paula Rubel et A. Rosman (dir.), Berg, 2003 ; *Language, Culture, and Society* Christine Jourdan et K. Tuite (dir.), Cambridgeup, 2006 ; Kathleen Davis, *Deconstruction and Translation* St. Jerome, 2001 ; L. Venuti, *The Scandals of Translation* Routledge, 1998 ; *Id.*, dans *Discipline and Practice* S. Herbrechter et I. Callus (dir.), Bucknell up, 2004, p. 79-106 ; A. Renken, *La Représentation de l'étranger* Centre de traduction littéraire de Lausanne, 2002 ; Eleonora Federici, *The Translator As Intercultural Mediator* Uni Service, 2006 ; U. Eco, *Dire presque la même chose*, trad. Myriam Bouzaher, Grasset, 2006 ; *Vocabulaire européen des philosophies* Barbara Cassin (dir.), Éd. du Seuil,, 2004 ; Barbara Cassin, dans *Vingt-deuxièmes assises de la traduction littéraire (Arles 2005)*, Actes Sud, 2006, p. 167-179.
[18] S. Beckett, *Cap au pire*, trad.Édith Fournier, Éd. de Minuit, 1991, p. 13 [1983]
[19] Cf. M. Foucault, *L'Ordre du discours* Gallimard, 1971, p. 35. : « [L]'erreur ne peut surgir et être décidée qu'à l'intérieur d'une pratique définie »
[20] Zweigert et Kötz, *Einführung…* p. 6, 33, et 46.
[21] *Id.*, p. 11.
[22] Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?…*, p. 171.
[23] « Fragments posthumes », dans *Œuvres philosophiques complètes* G. Colli et M. Montinari (dir.), trad. Anne-Sophie Astrup et M. de Launay, IX, Gallimard, 1997, p. 354 [1883]. J'ai modifié la traduction
[24] P. Goodrich, *Languages of Law* Cambridge up, 1990, p. 1-2.. Il ne s'agit pas de proposer la différence comme (nouvelle) vérité, soit de substituer l'idée de « différence » à celle de « vérité », mais bien de défendre la différence *au lieu de* la vérité puisque, se faisant plus loyale à l'« il y a », l'approche différentielle encourage le comparatiste à fournir une explication plus riche des droits qu'il compare, à les *inventer* davantage. Elle permet aussi de ne plus obscurcir la mise en scène voulant que le comparatiste qui écrit sur le droit anglais ait accès, à force de persévérance et de rigueur, à quelque chose comme le « vrai » droit anglais alors qu'il propose immanquablement sa propre version de celui-ci
[25] M. Foucault, *Le Courage de la vérité* F. EwaldA. Fontana et F. Gros (dir.), Gallimard, 2009, p. 311 [1984]
[26] M. Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, dans *Œuvres* C. Lefort (dir.), Gallimard, 2010, p. 738 [1945]
[27] Beckett, *Cap au pire…* p. 10. J'y insiste : l'« objectivité » est inatteignable, fût-ce pour l'observateur le plus rigoureux. Quand celui-ci s'approche de l'autre, il ne peut que faire jouer sa jectité, laquelle le dépasse *en tout état de cause*. Ce qui suggère un parallèle avec la traduction, toujours déjà « désajustée » : « L'excellence de la traduction n'y peut rien » (Derrida, *Spectres…* p. 43)
[28] Parce qu'il n'y a pas lieu de vider la pensée de sa charge affective, cette réaction doit tenir compte des émotions. *E.g.* : P. Livet, *Émotions et rationalité morale* puf, 2002. Pour un argument prônant un militantisme sensible à la dimension culturelle, v. Madhavi Sunder, dans *Stanford L. R.* 2001, p. 495-567 ; *Id.*, dans *Yale L. J.*, 2003, p. 1399-1472.
[29] Foucault, dans *Dits et écrits…*, IV, p. 706 [1984]
[30] Pour une illustration de l'ampleur du défi à relever, v. R. Shweder, dans *Engaging Cultural Differences* R. ShwederMartha Minow et Hazel R. Markus (dir.), New York, Sage, 2002, p. 216-251.
[31] Cf. Rorty, *Contingence…*, p. 16.
[32] V. généralement Natalie Depraz, *Écrire en phénoménologue*, Encre marine, 1999.
[33] *L'Ecriture de l'histoire…* p. 84. [c'est l'auteur qui souligne]
[34] *Voyage en Égypte* P.-M. de Biasi (dir.), Grasset, 1991, p. 125 [1851]
[35] C. Simon, « Discours de Stockholm », dans *Œuvres* A. Duncan (dir.), Gallimard, 2006, p. 898 [1986] (c'est l'auteur qui souligne)
[36] V. Bercea, dans *Comparer les droits, résolument…*
[37] L. Marin, *De la représentation* Gallimard, 1994, p. 84. Cf. A. Compagnon, *La Seconde main ou le travail de la citation* Éd. du Seuil, 1979, p. 12. : « [L]a citation représente un enjeu capital, un lieu stratégique et même politique dans toute pratique du langage »
[38] A. Artaud, « Fragments d'un journal d'enfer », dans *Œuvres complètes*, I, Gallimard, 1976, p. 115 [1926]

[39] Caratini, *Les Non-dits…*, p. 26.
[40] « Quelques médaillons… », p. 138.
[41] J. Gracq, *Lettrines*, dans *Œuvres complètes* Bernhild Boie (dir.), II, Gallimard, 1995, p. 213 [1967], où l'auteur traite de littérature comparée
[42] J'adopte et adapte Barthes, *Fragments…* p. 86, [c'est l'auteur qui souligne]. *E.g.* : P. Legrand, dans *Cahiers de la justice*, 2010/1, p. 87-109.
[43] V. Beckett, *Cap au pire…*, p. 26.
[44] Pour l'idée de « capacité négative », une « qualité » servant à « former un être accompli » qui se manifeste lorsque « l'individu est capable d'exister dans l'incertitude, le mystère, le doute », v. J. Keats, [Lettre à G. et T. Keats, ], *The Letters of John Keats* H. Rollins (dir.), I, Harvardup, 1958, p. 193 [1817]
[45] *In Other Worlds* Routledge, 2006, p. 41 [1987]
[46] B. Gracián, *Le Héros*, trad. Catherine Vasseur, Gallimard, 2000, p. 27 [1637]
[47] *Autrement qu'être…*, p. 200.

# Bibliographie

[J]e ne suis pas fou tout seul » [1]. Au lieu de juxtaposer des visibles, des surfaces, des positivités et de prétendre le faire transcendantalement, certains comparatistes ont entendu inventer des droits en ancrant leurs démarches séculières dans une expérience personnelle qui relève de la présence-au-monde, celle des droits auxquels ils se sont intéressés comme la leur même. La liste qui suit s'ajoute aux renvois en note (non repris ici).

---

## Bibliographie


- Ainsworth J., dans *Cornell L. R.*, 1996, p. 19-42.
- Banakar R., dans *Int. J. L. in Context*, 2009, p. 69-85.
- Baxi U., dans *Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen ?*, P. Sack*et al.* (dir.), Duncker & Humblot, 1991, p. 267-282.
- Choudhry S. (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge up, 2006.
- Damaška M., *The Faces of Justice and State Authority*, Yale up, 1986.
- Fischer-Lescano A. et Teubner G., dans *Michigan J. Int. L.*, 2004, p. 999-1046.
- Fletcher G., dans *Am. J. Comp. L.*, 1998, p. 683-700.
- Glanert S., dans *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/64, p. 1-60.
- Graziadei M., dans *ZEuP*, 1999, p. 531-543.
- Großfeld B., *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, J. C. B. Mohr, 1996.
- Hyland R., *Gifts*, Oxford up, 2009.
- Jackson V., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford up, 2010.
- Joerges C., dans *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2004, p. 149-196.
- Kelley D., *The Human Measure*, Harvard up, 1990.
- Knop K., dans *LawWithout Nations*, A. SaratL. Douglas et Martha Umphrey (dir.), Stanford up, 2011, p. 66-100.
- Lasser M., dans *Harvard L. R.*, 1998, p. 690-770.
- Monateri P., dans *Hastings L. J.*, 2000, p. 479-555.
- Nicholson P. et Biddulph S. (dir.), *Examining Practice, Interrogating Theory : Comparative Legal Studies in Asia*, Nijhoff, 2008.
- Rosen L., *The Anthropology of Justice*, Cambridge up, 1989.
- Rosenfeld M., *The Identity of the Constitutional Subject*, Routledge, 2009.
- Rudden B., dans *Tulane L. R.*, 1974, p. 1010-1028.
- Ruskola T., dans *Stanford L. R.*, 2000, p. 1599-1729.
- Thireau J.-L., dans *Revue d'histoire des facultés de droit…*, 1990/10-11, p. 153-191.
- Tushnet M., dans *Yale L. J.*, 1999, p. 1225-1309.
- Whitman J., dans *Yale L. J.* 2000, p. 1279-1398 ; 2004, p. 1151-1221.
- Ziolkowski T., *The Mirror of Justice*, Princeton up, 1997.
- Des études juridiques comparatives paraissent régulièrement dans des revues de droit d'intérêt général, notamment dans des revues universitaires américaines. En outre, on trouve occasionnellement des textes à vocation comparative dans des revues spécialisées telles *L. & Society R.* (États-Unis), *L., Culture & the Humanities* (Etats-Unis), *Transnational Legal Theory* (Angleterre), *Ratio Juris* (Italie), *Droit et société* (France) et la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (Belgique). S'agissant des revues spécifiquement dévolues à la comparaison des droits, trois titres méritent tout particulièrement de retenir l'attention : *J. Comp. L* (Angleterre) ; *Int. J. Constitutional L.*(États-Unis) ; *Am. J. Comp. L.* (États-Unis).


## Notes

[1] Legendre, *Paroles...*, p. 78.